

الجزء الاول

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضي أبي الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي
الشهير (ابن رشد الحفيد) المتوفى
سنة ٥٩٥ هجرية رحمه
الله تعالى

﴿ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٩ هجرية ﴾
﴿ على نفقة محمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه ﴾

— * —

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ
الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية
المحفوطة بدار كتب سعادة أحمد بك تمور

﴿ طبع بالمطبعة الجمالية — بمصر ﴾
﴿ الكاتبة بحارة الروم بمطقة التري ﴾
﴿ لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه — وأحمد عارف ﴾

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أما بعد حمد الله بجميع محامده والصلاة والسلام على محمد رسوله وآله وأصحابه فان غرضي في هذا الكتاب ان أثبت فيه لنفسى على جهة التذكير من مسائل الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها والتنبيه على نكت الخلاف فيها ما يجرى مجرى الاصول والقواعد لما عسى أن يرد على انجته من المسائل المسكوت عنها في الشرع وهذا المسائل في الاكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريبا وهي المسائل التي وقع الاتفاق عليها أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الاسلاميين من لدن الصحابة رضي الله عنهم الى أن فشا التقليد وقبل ذلك فلندكر كم أصناف الطرق التي تتلقى منها الاحكام الشرعية وكم أصناف الاحكام الشرعية وكم أصناف الاسباب التي أوجبت الاختلاف بأوجز ما يمكننا في ذلك فنقول .

إن الطرق التي منها تلتقيت الاحكام عن النبي عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة إما لفظ وإما فعل وإما اقرار وأما ما سكت عنه الشارع من الاحكام فقال الجمهور إن طريق الوقوف عليه هو القياس وقال أهل الظاهر القياس في الشرع باطل وما سكت عنه الشارع فلا حكم له ودليل العقل يشهد بثبوته وذلك ان الوقائع بين اشخاص الاناسي غير متناهية والنصوص والافعال والاقارات متناهية ومحال ان يقابل ما لا يتناهى بما يتناهى وأصناف الالفاظ التي يتلقى منها الاحكام من السمع أربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه . أما الثلاثة المتفق عليها فللفظ عام يحمل على عموميه أو خاص يحمل على خصوصه أو لفظ عام يراد به الخصوص أو لفظ خاص يراد به العموم وفي هذا يدخل التنبيه بالا على على الأدنى وبالأدنى على الأعلى وبالمساوى على المساوى فمثال الاول قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) فان المسلمين اتفقوا على أن لفظ الخنزير متناول لجميع أصناف الخنازير ما لم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء . ومثال العام يراد به الخاص قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها) فان المسلمين اتفقوا على أن ليست الزكاة واجبة في جميع أنواع

الاموال . ومثال الخاص برادبه العام قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) وهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك وهذه إما أن يأتي المستدعي بها فاعله بصيغة الأمر وإما أن يأتي بصيغة الخبر برادبه الأمر وكذلك المستدعي تركه إما أن يأتي بصيغة النهي وإما أن يأتي بصيغة الخبر برادبه النهي وإذا أتت هذه الالفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب أو على الندب على ما سيقال في حد الواجب والمندوب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على أحدهما فيه بين العلماء خلاف مذکور في كتب أصول الفقه وكذلك الحال في صيغ النهي هل تدل على الكراهية أو التحريم أولا تدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور أيضا . والاعيان التي يتعلق بها الحكم إما أن يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط وهو الذي يعرف في صناعة أصول الفقه بالنص ولا خلاف في وجوب العمل به وإما أن يدل عليها بلفظ يدل على أكثر من معنى واحد وهذا قسمان إما أن تكون دلالة على تلك المعاني بالسواء وهو الذي يعرف في أصول الفقه بالجمل ولا خلاف في انه لا يوجب حكما وإما أن تكون دلالة على بعض تلك المعاني أكثر من بعض وهذا يسمى بالاضافة الى المعاني التي دلالة عليها أكثر ظاهرا أو يسمى بالاضافة الى المعاني التي دلالة عليها أقل محتملا وإذا ورد مطلقا حمل على تلك المعاني التي هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل فيعرض الخلاف للفتهاء في أقاويل الشارع لكن ذلك من قبل ثلاثة معان، من قبل الاشتراك في لفظ العين الذي علق به الحكم، ومن قبل الاشتراك في الالف واللام المقر ونه بجنس ذلك العين هل أر يدبها الكل والبعض، ومن قبل الاشتراك الذي في الفاظ الأمر والنهي . وأما الطريق الرابع فهو أن يفهم من إيجاب الحكم لشيء مانق ذلك الحكم عما عدى ذلك الشيء أو من نفي الحكم عن شيء مما إيجابه لما عدى ذلك الشيء الذي نفي عنه وهو الذي يعرف بدليل الخطاب وهو أصل مختلف فيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام : في سائمة الغنم الزكاة فإن قوما فهموا منه أن لازكاة في غير السائمة . وأما القياس الشرعي فهو إلحاق الحكم الواجب لشيء مما بالشرع بالشيء المسكوت عنه لشبهه بالشيء الذي أوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعلامة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعي صنفين، قياس شبهه، وقياس علة والفرق بين القياس الشرعي واللفظ الخاص برادبه العام أن القياس يكون على الخاص الذي أر يدب الخاص فيلحق به غيره أعني أن المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذي بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لأن إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس وإنما هو من باب دلالة اللفظ وهذا الصنفان يتقاربان

جد ألا نهما إلحاق مسكوت عنه بمنطوق به وهما يلتبسان على الفقهاء كثير اجد انشال القياس إلحاق شارب الخمر بالقاذف في الحد والصداق بالنصاب في القطع وأما إلحاق الربويات المقتات أو بالمسكيل أو بالمطعموم فن باب الخاص أر يد به العام فتأمل هذا فان فيه غموضاً والجنس الاول هو الذي ينبغى للظاهرة أن تنازع فيه وأما الثاني فليس ينبغى لها أن تنازع فيه لانه من باب السمع والذي يرد ذلك يرد نوعاً من خطاب العرب . وأما الفعل فانه عند الاكثر من الطرق التي تتلقى منها الاحكام الشرعية وقال قوم الافعال ليست تفيد حكماً اذ ليس لها صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الاحكام اختلوا في نوع الحكم الذي تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والختار عند المحققين أنها ان أتت بياناً لجمل واجب دلت على الوجوب وان أتت بياناً لجمل مندوب اليه دلت على الندب وان لم تأت بياناً لجمل فان كانت من جنس القرينة دلت على الندب وان كانت من جنس المباحات دلت على الاباحة وأما الاقرار فانه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التي تتلقى منها الاحكام أو تستنبط . وأما الاجماع فهو مستند الى أحد هذه الطرق الاربعة الا انه اذا وقع في واحد منها ولم يكن قطعياً نقل الحكم من غلبة الظن الى القطع وليس الاجماع أصلاً مستقلاً بذاته من غير استناده الى واحد من هذه الطرق لانه لو كان كذلك لكان يقتضى إنبات شرع زائد بعد النبي صلى الله عليه وسلم إذ كان لا يرجع الى أصل من الاصول المشروعة . وأما المعاني المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للمكلفين فهي بالجملة اما أمر بشئ أو امانه عنده واما تخيير فيه والامر إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمي واجباً وان فهم منه الثواب على الفعل وانتفا العقاب مع الترك سمي ندباً والنهي أيضاً ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمي محرماً ومحظوراً وان فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمي مكرهاً فتكون أصناف الاحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومخير فيه وهو المباح . وأما أسباب الاختلاف بالجنس فستة ، أحدها تردد الالفاظ بين هذه الطرق الاربع أعني بين أن يكون اللفظ عاماً يراد به الخاص أو خاصاً يراد به العام أو عاماً يراد به العام أو خاصاً يراد به الخاص أو يكون له دليل خطاب أولاً يكون له ، والثاني الاشتراك الذي في الالفاظ وذلك إما في اللفظ المفرد كلفظ القراء الذي ينطلق على الاطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الأمر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهي هل يحمل على التحريم أو الكراهية وإما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى (الا الذين تابوا) فانه يحتمل أن يعود على الفاسق فقط ويحتمل أن يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق

وحجزة شهادة القاذف، والثالث اختلاف الاعراب ، والرابع تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز التي هي إما الحذف وإما الزيادة وإما التقديم وإما التأخير وإما ترده على الحقيقة أو الاستعارة، والخامس إطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل إطلاق الرقبة في العتق تارة وتقييدها بالآيمان تارة ، والسادس التعارض في الشئتين في جميع أصناف الالفاظ التي يتلق منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الافعال أو في الاقرارات أو تعارض القياسات أنفسها أو التعارض الذي يتركب من هذه الاصناف الثلاثة أعني معارضة القول للفعل أو للاقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس (قال) التماضي رضى الله عنه واذ قد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله ولنبدأ من ذلك بكتاب الطهارة على عادتهم فنقول :

﴿ كتاب الطهارة من الحدث ﴾

انه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة في ذلك فلنبداً من ذلك بالقول في الوضوء فنقول :

﴿ كتاب الوضوء ﴾

ان القول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في الدليل على وجوبها وعلى من تجب ومتى تجب ، الثاني في معرفة أفعالها ، الثالث في معرفة ما به تفعل وهو الماء ، الرابع في معرفة نواقضها ، الخامس في معرفة الاشياء التي تفعل من أجلها

﴿ الباب الاول ﴾

فاما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) الآية فانه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها . وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذا الحديثان ثابتان عند أئمة النقل . وأما الاجماع فانه لم ينقل عن أحد من المسلمين في ذلك خلاف ولو كان هناك خلاف لنقل اذ

العبادات تقتضى ذلك . وأما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضاً ثابت بالسنة والاجماع . أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتمل والمجنون حتى يفيق . وأما الاجماع فانه لم ينقل في ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا وهي مسألة قليلة الغناء في الفقه لانها راجعة الى الحكم الاخرى . وأما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة أو أراد الانسان ان يفعل الذى الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقاً بوقت . أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت . وأما دليل وجوبه عند اعادة الافعال التى هى شرط فيها فسيأتى ذلك عند ذكر الاشياء التى يفعل الوضوء من أجلها واختلاف الناس في ذلك .

﴿ الباب الثانى ﴾

وأما معرفة فعل الوضوء فالاصل فيه ما ورد من صفة في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى السبعين) وما ورد من ذلك أيضاً في صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة تجرى مجرى الامهات وهى راجعة الى معرفة الشروط والاركان وصفة الافعال وأعدادها وتحديد محلها وتعيينه وأنواع أحكام جميع ذلك .

﴿ المسئلة الاولى من الشروط ﴾ اختلف علماء الامصار هل النية شرط في صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات لقوله تعالى (وما أمر إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) ولقوله صلى الله عليه وسلم : إنما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى انها شرط وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد وأبى ثور وداود وذهب فريق آخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب أبى حنيفة والثورى . وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون عبادة محضة أعنى غير معقولة المعنى وانما يتصدقها القرية فقط كالصلاة وغيرها وبين ان يكون عبادة معقولة المعنى كفعل النجاسة فانهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبهة من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه ان ينظر بأيهما هو أقوى شبهة فيلحق به .

﴿ المسئلة الثانية من الاحكام ﴾ اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل إدخالها في إناء الوضوء فذهب قوم إلى أنه من سنن الوضوء باطلاق وإن تيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك

والشافعي وقيل انه مستحب للشاك في طهارة يده وهو أيضاً مروى عن مالك وقيل إن غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وبه قال داود وأصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فأوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه في نوم النهار وبه قال أحمد . فتحصل في ذلك أربعة أقوال قول إنه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول إنه واجب على المنتبه من النوم وقول إنه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار . والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في مفهوم الثابت من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها الاناء فان أحدكم لا يدري أين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثاً فمن لم يرب بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما في آية الوضوء معارضة بين آية الوضوء حمل لفظ الأمر هنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضاً من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهاراً أو ليلاً ومن رأى أن بين هذه الزيادة والآية تعارضاً إذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده أن يخرج لفظ الأمر عن ظاهره الذي هو الوجوب إلى التنبه ومن تأكد عنده هذا التنبه لما برته عليه الصلاة والسلام على ذلك قال إنه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا التنبه قال إن ذلك من جنس المنسوبات المستحب وهو لا يغسل اليد عندهم بهذا الحال إذا تيقن طهارتها أعني من يقول إن ذلك سنة ومن يقول إنه ندب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده أن يكون من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده مندوباً للمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده للشاك لأنه في معنى النائم . والظاهر من هذا الحديث أنه لم يقصد به حكم اليد في الوضوء وإنما قصد به حكم الماء الذي يتوضأ به إذ كان الماء مشروطاً فيه الطهارة . وأما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل إدخالهما في الاناء في أكثر أحيانه فيحتمل أن يكون من حكم اليد على أن يكون غسلها في الابتداء من أفعال الوضوء ويحتمل أن يكون من حكم الماء أعني أن لا ينجس أو يقع فيه شك إن قلنا إن الشك مؤثر .

المسئلة الثالثة من الأركان اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة أقوال، قول انهما سنتان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة، وقول انهما فرض فيه وبه قال ابن أبي ليلى وجماعة من أصحاب داود، وقول إن الاستنشاق فرض والمضمضة مسنة

• به قال أبو نؤور وأبو عبيد وجماعة من أهل الظاهر . وسبب اختلافهم في كونها فرضاً أو سنة اختلافهم في السنن الواردة في ذاك هل هي زيادة تقتضي معارضة آية الوضوء أو لا تقتضي ذلك فمن رأى أن هذه الزيادة إن حملت على الوجوب اقتضت معارضة الآية إذا المقصود من الآية تأصيل هذا الحكم وتبينه أخرجهما من باب الوجوب إلى باب الندب ومن لم ير أنها تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عند هذه الأقوال والأفعال في حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك أن المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من أمره وأما الاستنشاق فمن أمره عليه الصلاة والسلام وفعله وهو قوله عليه الصلاة والسلام : إذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه ماء ثم لينثر ومن استجمر فليوترخرجه مالك في موطأه والبخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة .

﴿ المسئلة الرابعة من تحديد المحال ﴾ اتفق العلماء على أن غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) واختلافوا منه في ثلاثة مواضع في غسل البياض الذي بين العذار والاذن وفي غسل ما انسدل من اللحية وفي تحليل اللحية فالمشهور من مذهب مالك أنه ليس البياض الذي بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين لأمر دو الملتحي فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة أقوال وقال أبو حنيفة والشافعي هو من الوجه . وأما ما انسدل من اللحية فذهب مالك إلى وجوب إمرار الماء عليه ولم يوجب أبو حنيفة ولا الشافعي في أحد قوليه . وسبب اختلافهم في هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين أعني هل يتناولهما أولاً يتناولهما . وأما تحليل اللحية فذهب مالك أنه ليس واجباً وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الوضوء وأوجب ابن عبد الحكم من أصحاب مالك .

وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الآثار التي ورد فيها الأمر بتحليل اللحية والأكثر على أنها غير صحيحة مع أن الآثار الصحاح التي ورد فيها صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام ليس في شيء منها التحليل .

﴿ المسئلة الخامسة من التحديد ﴾ اتفق العلماء على أن غسل اليدين والذراعين من فروض الوضوء لقوله تعالى (وأيديكم إلى المرافق) واختلفوا في إدخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة إلى وجوب إدخالها وذهب بعض أهل الظاهر وبعض متأخري أصحاب مالك والطبري إلى أنه لا يجب إدخالها في الغسل . والسبب في اختلافهم في ذلك الاشتراك الذي في حرف إلى وفي إسم اليد في كلام العرب وذلك أن حرف إلى مرة

يدل في كلام العرب على الغاية ومرة يكون بمعنى مع ، واليد أيضاً في كلام العرب تطلق على ثلاثة معان ، على الكف فقط ، وعلى الكف والذراع ، وعلى الكف والذراع والعضد فمن جعل الى بمعنى مع أو فهم من اليد مجموع الثلاثة الأعضاء أو جب دخولها في النسل ومن فهم من إلى الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحد عنده داخل في الحدود لم يدخلها في الغسل وخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع في العضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق ثم غسل اليسرى كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة أقول من أوجب ادخالهما في الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء وجب أن لا يصر إلى أحد المعنيين إلا بدليل وإن كانت إلى في كلام العرب أظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك إسم اليد أظهر فيما دون العضد منه فيما فوق العضد فتقول من لم يدخلها من جهة الدلالة الانظمية أرجح وقول من أدخلها من جهة هذا الأثرأبين إلا أن يحمل هذا الأمر على الندب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذى الغاية دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه ﴿ المسئلة السادسة من التحديد ﴾ اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا في القدر المجزى منه فذهب مالك إلى أن الواجب مسحه كله وذهب الشافعي وبعض أصحاب مالك وأبو حنيفة إلى أن مسح بعضه هو القرض ومن أصحاب مالك من حدد هذا البعض بالثلث ومنهم من حدده بالثلثين وأما أبو حنيفة فحدده بالربع وحد مع هذا القدر من اليد الذي يكون به المسح فقال إن مسحه بأقل من ثلاثة أصابع لم يجزه وأما الشافعي فلم يحد في الماسح ولا في الممسوح حداً . وأصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى (تنبت بالدهن) على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ومرة تدل على التبعيض مثل قول القائل أخذت بثوبه وبعضه ولا معنى لانسكار هذا في كلام العرب أعني كون الباء مبعضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة أوجب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة ها هنا كونها مؤكدة ومن رآها مبعضة أوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة أن النبي عليه الصلاة والسلام : توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وإن سلمنا أن الباء زائدة بقي ها هنا أيضاً احتمال آخر وهو هل الواجب الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها .

﴿ المسئلة السابعة من الاعداد ﴾ اتفق العلماء على أن الواجب من طهارة الأعضاء المغسولة هو مرة واحدة إذا أسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليهما لما صح أنه صلى الله عليه وسلم

توضأ مرة مرة وتوضأ مرتين مرتين وتوضأ ثلاثاً ثلاثاً وتوضأ أربعاً أربعاً . واختلفوا في تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس في تكريره فضيلة فذهب الشافعي إلى أنه من توضأ ثلاثاً ثلاثاً مسح رأسه أيضاً ثلاثاً وثلاثين مرة . وروى أن المسح لا فضيلة في تكريره . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد إذا أتت من طريق واحد ولم يروها إلا أكثر وذلك أن أكثر الأحاديث التي روى فيها أنه توضأ ثلاثاً ثلاثاً من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها إلا أنه مسح واحدة فقط وفي بعض الروايات عن عثمان في صفة وضوئه أنه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثاً وعصده الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ما روى أنه عليه الصلاة والسلام توضأ مرة مرة ومرتين وثلاثاً ثلاثاً وذلك إن المفهوم من عموم هذا اللفظ وإن كان من لفظ الصحابي هو حمله على سائر أعضاء الوضوء إلا أن هذه الزيادة ليست في الصحيحين فإن صححت بحج المصير إليها لأن من سكنت عن شيء ليس هو بحجة على من ذكره وأكثر العلماء أوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياساً على سائر الأعضاء وروى عن ابن الماجشون أنه قال إذا تقدمت بمسح رأسه ببلل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعي ويستحب في صفة المسح أن يبدأ بقدم رأسه فجاء يديه إلى قفاه ثم يردهما إلى حيث بدأ أعلى ما في حديث عبد الله بن زيد الثابت وبعض العلماء يختار أن يبدأ من مؤخرة الرأس وذلك أيضاً مروي من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام من حديث الربيع بنت معوذ إلا أنه لم يشتهر في الصحيحين .

❦ المسئلة الثامنة من تعيين الحال ❦ اختلف العلماء في المسح على العمامة فأجاز ذلك أحمد ابن حنبل وأبو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالأثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة وغيره أنه عليه الصلاة والسلام مسح بناصرته وعلى العمامة وقياساً على الخف ولذلك اشترط أكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما ردد من ردد إماماً لأنه لم يصح عنده وإماماً لأن ظاهر الكتاب عارضه عنده أعني الأمر فيه بمسح الرأس وإماماً لأنه لم يشتهر العمل به عندهم يشترط اشتهار العمل فيما نقل من طريق الأحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم من مذهب مالك أنه يراعى اشتهار العمل وهو حديث خرجه مسلم وقال فيه أبو عمر بن عبد البر إنه حديث معلول وفي بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية إذ لا يجتمع الاصل والبدل في فعل واحد

﴿ المسئلة التاسعة من الاركان ﴾ اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة أو فرضة وهل يجدد لهما الماء أم لا فذهب بعض الناس إلى أنه فرضة وأنه يجدد لهما الماء ومن قال بهذا القول جماعة من أصحاب مالك ويتأولون مع هذا أنه مذهب مالك لقوله فيهما إنيهما من الرأس وقال أبو حنيفة وأصحابه مسحهما فرض كذلك ^(١) إلا أنهم ما مسحوا مع الرأس بما واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول جماعة أيضاً من أصحاب مالك ويتأولون أيضاً أنه قولهم لما روى عنه أنه قال حكم مسحهما حكم المضمضة . وأصل اختلافهم في كون مسحهما سنة أو فرضاً اختلافاً في الآثار الواردة بذلك أعني مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هي زيادة على ما في الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما أن يحمل على التندب لمكان التعارض الذي يتخيل بينهما وبين الآية أن حملت على الوجوب أم هي مبينة للمجمل الذي في الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس في الوجوب فنوجبها جعلها مبينة للمجمل الكتاب ومن لم يوجبها جعلها زائدة كالمضمضة والآثار الواردة بذلك كثيرة وإن كانت لم تثبت في الصحيحين فهي قد اشتهر العمل بها . وأما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسيببه تردد الأذنين بين أن يكونا عضواً مفرداً بذاته من أعضاء الوضوء أو يكون جزءاً من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا إلى أنهما يغسلان مع الوجه وذهب آخرون إلى أنه يمسح باطنهما مع الرأس ويفسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين أن يكون جزءاً من الوجه أو جزءاً من الرأس وهذا المعنى له مع اشتهاار الآثار في ذلك بالمسح واشتهار العمل به والشافعي يستحب فيهما التكرار كما يستحب في مسح الرأس .

﴿ المسئلة العاشرة من الصفات ﴾ اتفق العلماء على أن الرجلين من أعضاء الوضوء واختلفوا في نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما نجو ز بالنوعين الغسل والمسح وإن ذلك راجع إلى اختيار المكف . وسبب اختلافهم القراءة أن المشهور أن في آية الوضوء أعني قراءة من قرأ أو أركلكم بالنصب عطفاً على المغسول وقراءة من قرأ أو أركلكم بالخفض عطفاً على الممسوح وذلك أن قراءة النصب ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل فنذهب إلى أن فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين إما الغسل وإما المسح فذهب إلى ترجيح ظاهر أحدى القراءتين على القراءة الثانية وصرف بالتأويل ظاهر القراءة الثانية إلى معنى ظاهر القراءة التي التي ترجحت عنده ومن اعتقد أن دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرهما على السواء وأنه

(١) انظر هذا فن المقرر في مذهب أبي حنيفة أن مسحهما سنة لا فرض

ليست احدهما على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضا جعل ذلك من الواجب الخير ككفارة اليمين وغير ذلك وبه قال الطبري وداود وللجمهور تأويلات في قراءة الخفض أجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى إذ كان ذلك موجودا في كلام العرب مثل قول الشاعر :

(لعب الزمان بها وغيرها * بعدى سوا في المور والقطر)

بالخفض ولو عطف على المعنى لرفع القطر وأما الفريق الثاني وهم الذين أوجبوا المسح فانهم تأولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر :

* فلسنا بالجبال ولا الحديد * وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه الصلاة والسلام إذ قال في قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم في الوضوء: ويل للعقاب من النار قالوا فهذا يدل على ان الغسل هو الفرض لان الواجب هو الذي يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه انما وقع الوعيد على أنهم تركوا أعتابهم دون غسل ولا شك ان من شرع في الغسل ففرضه الغسل في جميع القدم كما أن من شرع في المسح ففرضه المسح عند من يجيز بين الأمرين .

وقد يدل على هذا ما جاء في أثر آخر خرجه أيضا مسلم أنه قال : فجعلنا تمسح على أرجلنا فنادى ويل للعقاب من النار وهذا الأثر وان كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به في منع المسح فهو أدل على جوازه منه على منعه لان الوعيد انما يتعلق فيه بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو أيضا مروى عن بعض الصحابة والتابعين ولكن من طريق المعنى فالغسل أشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان المسح أشد مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقي دنسهما غالبا إلا بالغسل وينقي دنس الرأس بالمسح وذلك أيضا غالب والمصالح المعتبرة لا يجتمع أن تكون أسبابا للعبادات المقررة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا وأعني بالمصلح ما يرجع الى الامور المحسوسة وبالعبادة ما يرجع الى زكاة النفس وكذلك اختلفوا في الكعبين هل يدخلان في المسح أو في الغسل عند من أجاز المسح . وأصل اختلافهم الاشتراك الذي في حرف الى أعني في قوله تعالى (وأرجلكم الى الكعبين) وقد تقدم القول في اشتراك هذا الحرف في قوله تعالى (الى المرفقين) لكن الاشتراك وقع هنالك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن اشتراك حرف الى وهما من قبل اشتراك حرف الى فقط . وقد اختلفوا في الكعب ما هو وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف أهل اللغة في دلالة فقيل هما العظامان اللذان عند معتقد الشرك وقيل هما العظامان الناثان في طرف الساق ولا خلاف في ما أحسب في دخولهما في الغسل عند من يرى انهما عند معتقد الشرك اذا كانا جزءا من القدم ولذلك قال قوم

انه اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه أعنى الشئ الذى يدل عليه حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى (ثم أنعموا الصيام الى الليل).

المسئلة الحادية عشرة من الشروط ﴿﴾ اختلفوا فى وجوب ترتيب أفعال الوضوء على نسق الآية فقال قوم هو سنة وهو الذى حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثورى وداود وقال قوم هو فرض بضم وبه قال الشافعى وأحمد وأبو عبيد وهذا كله فى ترتيب المقر وض مع المقر وض وأما ترتيب الأفعال المقر وضة مع الأفعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال أبو حنيفة هو سنة . وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما الاشتراك الذى فى واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نخاعة البصرة ليس تقتضى نسقا ولا ترتيبا وانما تقتضى الجمع فقط وقال الكوفيون بل تقتضى النسق والترتيب فمن رأى أن الواو فى آية الوضوء تقتضى الترتيب قال بإيجاب الترتيب ومن رأى انها لا تقتضى لم يقل بإيجابه ، والسبب الثانى اختلافهم فى أفعاله عليه الصلاة والسلام هل هى محمولة على الوجوب أو على الندب فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط الامر بتأويلها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمقر وض من الأفعال قال ان الترتيب الواجب انما ينبغى أن يكون فى الأفعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشروط الواجبة قد تكون فى الأفعال التى ليست واجبة .

المسئلة الثانية عشرة من الشروط ﴿﴾ اختلفوا فى الموالاة فى أفعال الوضوء فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعى وأبو حنيفة الى أن الموالاة ليست من واجبات الوضوء . والسبب فى ذلك الاشتراك الذى فى الواو أيضا وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الاشياء المترخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتوضأ فى أول طهوره ويؤخر غسل رجله الى آخر الطهر وقد دخل الخلاف فى هذه المسئلة أيضا فى الاختلاف فى حمل الأفعال على الوجوب أو على الندب وانما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسى الاصل فيه فى الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من أمر الشرع ان له تأثيرا فى التخفيف وقد ذهب قوم

الى أن التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه الصلاة والسلام: لا وضوء لمن لم يسلم الله وهذا الحديث لم يصح عند أهل النقل وقد حمله بعضهم على أن المراد به النية وبعضهم حمله على الندب فيما أحسب . فهذه مشهورات المسائل التي تجرى من هذا الباب مجرى الاصول وهي كما قلنا متعلقة إما بصفات أفعال هذه الطهارة وإما بتحديد مواضعها وإما بتعريف شروطها وأركانها وسائر ما ذكره .

ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين إذ كان من أفعال الوضوء . والكلام المحيط بأصوله يتعلق بالنظر في سبع مسائل بالنظر في جوازه وفي تحديد محله وفي تعيين محله وفي صفة أفعاله وفي توقيته وفي شروطه وفي نواقضه .

المسئلة الاولى : فاما الجواز ففيه ثلاثة أقوال ، القول المشهور أنه جائز على الإطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار ، والنول الثاني جوازه في السفر دون الحضر ، والقول الثالث منع جوازه باطلاق وهو أشدّها والا قويل الثلاثة مروية عن المصدر الاول وعن مالك . والسبب في اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الواردة فيها الا أمر بغسل الرجل للآثار التي وردت في المسح مع تأخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة في المصدر الاول فكان منهم من يرى ان آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار وهو مذهب ابن عباس واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك أنه روى أنه رأى النبي عليه الصلاة والسلام : يمسح على الخفين فقليل له إنما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما أسألت الا بعد نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآية والآثار تعارض لان الامر بالغسل إنما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة إنما هي للابس الخف وقيل ان تأويل قراءة الا رجل بالخف هو المسح على الخفين وأما من فرق بين السفر والحضر فلان أكثر الآثار الصحاح الواردة في مسحه عليه الصلاة والسلام إنما كانت في السفر مع ان السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان نزع عما يشق على المسافر .

المسئلة الثانية : وأما تحديد المحل فاختلف فيه أيضاً فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن أعنى أسفل الخف مستحب ومالك أحد من رأى هذا والشافعي ومنهم من أوجب مسح ظهورهما وبطنهما وهو مذهب ابن نافع من أصحاب مالك ومنهم من أوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطن وهو مذهب أبي حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذأ شهب فقال إن الواجب مسح الباطن أو الأعلى

أيها المسح . وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك أن في ذلك أثرين متعارضين ، أحدهما حديث المغيرة بن شعبه وفيه أنه صلى الله عليه وسلم : مسح أعلى الخف وباطنه والآخر حديث علي : لو كان الدين بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث علي على الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح أخذ بما جحد علي وإما حديث المغيرة فمن رجح حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس أعني قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته للقياس أو من جهة السند والاسعد في هذه المسئلة هو مالك . وأما من أجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا أعلم له حجة لأنه لا هذا الاثر أتبع ولا هذا القياس استعمل أعني قياس المسح على الغسل .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما نوع محل المسح فإن النعماء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا في المسح على الجور بين فأجاز ذلك قوم ومنعه قوم ومن منع ذلك مالك والشافعي وأبو حنيفة ومن أجاز ذلك أبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وسفيان الثوري . وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الآثار الواردة عنه عليه الصلاة والسلام : أنه مسح على الجور بين والنعلين واختلفهم أيضاً في هل يقاس على الخف غيره أم هي عبادة لا يقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فمن لم يصح عنده الحديث أو لم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الأثر أوجز القياس على الخف أجاز المسح على الجور بين وهذا الأثر لم يخرج به الشيخان أعني البخاري ومسلم وصححه الترمذي ولتردد الجور بين المجلدين بين الخف والجور بغير المجلد عن مالك في المسح عليهما روايتان أحدهما بالمنع والأخرى بالجواز ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما صفة الخف فتهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا في المخرق فقال مالك وأصحابه يمسح عليه إذا كان المخرق يسيراً وحده أبو حنيفة بما يكون الظاهر منه أقل من ثلاثة أصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المخرق مادام يسمى خفاً وان تفاش خرقه ومن روى عنه ذلك الثوري ومنع الشافعي أن يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيراً في أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال الفرض من الغسل إلى المسح هل هو لموضع السترة أعني ستر الخف القدمين أم هو لموضع المشقة في نوع الخفين فمن رآه لموضع السترة لم يجز المسح على الخف المخرق لأنه إذا انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح إلى الغسل ومن رأى أن العلة في ذلك

المشقة لم يعتبر الخرق مادام يسمى خفياً . وأما التفریق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسن ورفع للخرج وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الخرق كخفاف الناس فلو كان في ذلك حظر لورد ونقل عنهم . قلت هذه المسئلة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى (لتبين للناس ما نزل إليهم) **المسئلة الخامسة** . وأما التوقيف فان الفقهاء أيضاً اختلفوا فيه فرأى مالك ان ذلك غير موقت وان لا بس الخف يمسح عليهم ما لم ينزعهما أو تصيبه جنابة وذهب أبو حنيفة والشافعي الى ان ذلك موقت . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث علي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام وليا هن للمسافر وبوماء ليلة للمقيم خرجه مسلم ، والثاني حديث أبي بن عمارة انه قال : يا رسول الله أمسح على الخف قال نعم قال يوما قل نعم قال وبومين قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعم قال أمسح ما بدالك خرجه أبو داود والطحاوي والثالث حديث صفوان بن عسال قال : كنا في سفر فامرنا ألا نزرع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الا من جنابة ولكن من بول أو نوم أو غائط ^(١) (قلت) أما حديث علي فصحيح خرجه مسلم وأما حديث أبي بن عمارة فقال فيه أبو عمر بن عبد البر إنه حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغي أن يعارض به حديث علي . وأما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم يخرج به البخاري ولا مسلم فانه قد صححه قوم من أهل العلم بالحديث الترمذي وأبو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبي كحديث علي وقد يحتمل ان يجمع بينهما بان يقال ان حديث صفوان وحديث علي خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبي بن عمارة نص في ترك التوقيت لكن حديث أبي لم يثبت بعد فلي هذا يجب العمل بحديثي علي وصفوان وهو الاظهر الا أن دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر في نقض الطهارة لان التواقض هي الاحداث .

المسئلة السادسة . وأما شرط المسح على الخفين فهو أن تكون الرجلان طاهرتين بطهر الوضوء وذلك شئ مجمع عليه الا خلافا شاذاً وقد روى عن ابن القاسم عن مالك ذكره ابن لبابة في المنتخب وانما قال به الاكثر لثبوته في حديث المعيرة وغيره اذا أراد أن يزرع الخف عنه فقال عليه الصلاة والسلام : دعهما فاني أدختهما وهما طاهرتان والخالف حمل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية . واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجله ولبس خفيه ثم أتم

(١) هكذا رواية الترمذي ورواية النسائي ثلاثة أيام ولياليهن من غائط وبول ونوم الا من جنابة

وضوء هل يمسح عليهما فمن لم ير ان الترتيب واجب ورأى ان الطهارة تصح لكل عضو قبل ان تكمل الطهارة لجميع الاعضاء قال بجواز ذلك ومن رأى ان الترتيب واجب وانه لا تصح طهارة العضو الا بعد طهارة جميع أعضاء الطهارة لم يجز ذلك وبالقول الاول قال أبو حنيفة والثاني قال الشافعي ومالك الا ان مالكا لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وانما منعه من جهة انه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة والسلام: وهما طاهران فأخبر عن الطهارة الشرعية وفي بعض روايات المغيرة: اذا أدخلت رجلتك في الخف وهما طاهران فمسح عليهما وعلى هذا الاصول يفرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه بعد أن غسل إحدى رجليه وقبل أن يغسل الاخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لانه لا يس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعي واحمد واسحاق وقال أبو حنيفة والثوري والمري والطبري وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة من أصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم أجمعوا انه لو نزع الخف الاول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من شرط المسح على الخف الا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان . وسبب الخلاف هل كما تنتزع طهارة القدم الى الخف اذا استتره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الاسفل الواجبة الى الخف الاعلى فمن شبه النقلة الثانية بالاولى أجاز المسح على الخف الاعلى ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يجز ذلك .

المسئلة السابعة ﴿ فاما نواقض هذه الطهارة فانهم أجمعوا على أنها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم ان نزع وغسل قدميه فطهارته باقية وان لم يغسلهما وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه ومن قال بذلك مالك وأصحابه والشافعي وأبو حنيفة الا ان مالكا رأى انه ان أخر ذلك استأنف الوضوء على رأيه في وجوب الموالاة على الشرط الذي تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينتقض الوضوء وليس عليه غسل ومن قال بهذا القول داود وابن أبي ليلى وقال الحسن بن حي اذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الاقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هي مسكوت عنها . وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو أصل بذاته في الطهارة أو بدل من غسل القدمين عند غيبوتهما في الخفين فان قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن قطعت رجلاه بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحتمل أن يقال اذا نزع الخف بطلت الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتمل أن يقال ان غسلهما أجزأت الطهارة اذا لم يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وانما هو شيء

يتخيل فهذا ما رأينا أن نثبتته في هذا الباب .

﴿ الباب الثالث في المياه ﴾

والاصل في وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى (و ينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقوله (فلم يجدوا ماء فجمعوا صعيدا طيبا) وأجمع العلماء على أن جميع أنواع المياه طاهرة في نفسها مظهرة لتغيرها الا ماء البحر فان فيه خلافا في الصدر الاول شاذ أو هم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالأثر الذي خرج به مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في البحر: هو الطهور ماؤه الجبل ميتته ودووان كان حديثا مختلفنا في صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك أجمعوا على أن كل ما تغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا أنه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذاً روى في الماء الآجن عن ابن سيرين وهو أيضاً محجوج بتناول اسم الماء المطلق له . واتفقوا على أن الماء الذي غيرت النجاسة ما طعمه أو لونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الاوصاف أنه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور . واتفقوا على أن الماء الكثير المستبجر لا تضره النجاسة التي لم تغير أحد أوصافه وأنه طاهر فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب . واختلفوا من ذلك في ست مسائل تجرى مجرى القواعد والاصول لهذا الباب .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في الماء اذا خلطته نجاسة ولم تغير أحد أوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيراً أو قليلاً وهي احدى الروايات عن مالك وبه قال أهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلاً كان نجساً وان كان كثيراً لم يكن نجساً وهؤلاء اختلفوا في الحد بين القليل والكثير فذهب أبو حنيفة الى أن الحد في هذا هو أن يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمى من أحد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثاني منه وذهب الشافعي الى أن الحد في ذلك هو قلتان من قلال هجر وذلك نحو من خمسمائة رطل ومنهم من لم يحد في ذلك حداً ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير أحد أوصافه وهذا أيضاً مروي عن مالك وقد روى أيضاً أن هذا الماء مكروه فيتحصل عن مالك في الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة أقوال، قول ان النجاسة تفسده، وقول انها لا تفسده الا أن يتغير أحد أوصافه، وقول انه مكروه . وسبب اختلافهم في ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام: اذا استيقظ أحدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك أيضاً حديث أبي هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: لا يبول أحدكم في الماء الدائم ثم

يغتسل فيه فانه يوم بظاهره أيضاً أن قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ما ورد من النهي عن اغتسال الجنب في الماء الدائم وأما حديث أنس الثابت أن أعرابياً قام الى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره أن قليل النجاسة لا يفسد قليل الماء اذ معلوم أن ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث أبي سعيد الخدري كذلك أيضاً خرجه أبو داود وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول له انه يستقي من بئر بضاعة وهي بئر يلقي فيها لحوم الكلاب والحائض وعذرة الناس فقال النبي عليه الصلاة والسلام: ان الماء لا ينجسه شيء فرام العلماء الجمع بين هذه الاحاديث واختلقوا في طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعرابي وحديث أبي سعيد قال ان حديثي أبي هريرة غير معقولي المعنى وامثال ما تضمنه عبادة لا لان ذلك الماء ينجس حتى ان الظاهرية أفرطت في ذلك فقالت لو صب البول انسان في ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الاحاديث فانه حمل حديثي أبي هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابي وحديث أبي سعيد على ظاهرهما أعني على الاجزاء وأما الشافعي وأبو حنيفة فجمعما بين حديثي أبي هريرة وحديث أبي سعيد الخدري بأن حمل حديثي أبي هريرة على الماء القليل وحديث أبي سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك الذي يجمع الاحاديث هو ما ورد في حديث عبد الله بن عمر عن أبيه خرجه أبو داود والترمذي وصححه أبو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوب به من السباع والدواب فقال: ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً وأما أبو حنيفة فذهب الى ان الحد في ذلك من جهة التماس وذلك انه اعتبر سريران النجاسة في جميع الماء بسريران الحركة فإذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها أن تسري في جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين لحديث الاعرابي المشهور معارض له ولا بد فذلك لجأت الشافعية الى أن فرق بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا ان ورود عليها الماء كما في حديث الاعرابي لم ينجس وان وردت النجاسة على الماء كما في حديث أبي هريرة فنجس وهذا تحكم وله اذا تأمل وجهه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على ان النجاسة اليسيرة لا تؤثر في الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسري في جميع أجزائه وأنه يستحيل عينها عن الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يعدان

قدراً مما من الماء لوحده قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولا كان نجساً فاذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءاً آخر جزءاً معلوم أنه تفتى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لأن نسبته إلى ما ورد عليه مما بقي من النجاسة نسبة الماء الكثير إلى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع في هذا الحال بذهاب عين النجاسة أعني في وقوع الجزء الأخير الطاهر على آخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا أجمعوا على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب أو البدن . واختلفوا اذا وقعت القطرة من البول في ذلك القدر من الماء . وأولى المذاهب عندي وأحسنها طريقة في الجمع هو أن يحمل حديث أبي هريرة وما في معناه على الكراهية وحديث أبي سعيد وأنس على الجواز لأن هذا التلويح يبقى مفهوم الاحاديث على ظاهرها أعني حديث أبي هريرة من أن المتصود بها تأثير النجاسة في الماء وحده الكراهية عندي هو ما تعافه النفس وترى أنه ماء خبيث وذلك أن ما يعاف الإنسان شره به يجب أن يجنب استعماله في القربة إلى الله تعالى وإن يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله وأما من احتج بأنه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء كما كان الماء يطهر أحداً أبداً اذا كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من الماء عن الشئ النجس المتصود تطهيره أبداً نجساً فتقول لا معنى له لما بينا من أن نسبة آخر جزء ورد من الماء على آخر جزء يبقى من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير إلى النجاسة القليلة وإن كان يعجب به كثير من المتأخرين فإننا نعلم قطعا أن الماء الكثير يحمل النجاسة وقلوب عنها إلى الطهارة ولذلك أجمع العلماء على أن الماء الكثير لا يفسده النجاسة القليلة فاذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس أو العضو النجس فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرة ولا فرق بين الماء الكثير أن يرد على النجاسة الواحدة بعينها دفعة أو يرد عليها جزءاً بعد جزء فاذا دؤلاً عما احتجوا بموضع الإجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضعان في غاية التباين . فهذا ما ظهر لنا في هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ولودنا أن لو سلكنا في كل مسئلة هذا المسلك لكن رأينا أن هذا يتتبع طولاً وربما عاق الزمان عنه وإن الاحوط هو أن نؤم الغرض الأول الذي قصدناه فإن سر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسينم هذا الغرض .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ الماء الذي خالطه زعفران أو غيره من الاشياء الطاهرة التي تنفك منه غالباً متى غيرت أحد أوصافه فإنه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعي ومطهر عند أبي حنيفة ما لم يكن التغير عن طبعه . وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق

للماء الذي خالطه أمثال هذه الأشياء أعني هل يتناوله أولاً يتناوله فمن رأى أنه لا يتناوله اسم الماء المطلق وإنما يضاف إلى الشيء الذي خالطه فيقال ماء كذا الماء مطلق لم يجز الوضوء به إذا كان الوضوء أنما يكون بالماء المطلق ومن رأى أنه يتناوله اسم الماء المطلق أجاز به الوضوء وظهر عدم تناول اسم الماء الماء المطبوع مع شيء طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك مياه النبات المستخرجة منه إلا ما في كتاب ابن شعبان من إجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق أن الاختلاط يختلف بالكثرة والتلقة فتدليغ من الكثرة إلى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء الغسل وقد لا يبلغ إلى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الریح فقط ولذلك لم يعتبر الریح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لا م عطفة عند أمره إياها بغسل ابنته: أغسلها بماء وسدر واجعلن في الأخيرة كافوراً أو شيئاً من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والتلقة والفرق بينهما فأجازه مع القلة وإن ظهرت الأوصاف ولم يجزه مع الكثرة.

المسئلة الثالثة ﴿ الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فقوم لم يجزوا الطهارة على كل حال وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وقوم كرهوه ولم يجزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال أبو ثور وداد وأصحابه وشذأبو يوسف فقال انه نجس . وسبب الخلاف في هذا أيضا ما يظن من انه لا يتناوله اسم الماء المطلق حتى أن بعضهم غلا فظن أن اسم الغسالة أحق به من اسم الماء وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان أصحابه يقتتلون على فضل وضوءه ولا بد أن يقع من الماء المستعمل في الاناء الذي بقي فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لأنه في الأغلب ليس ينتهي إلى أن يتغير أحد أوصافه بدنس الأعضاء التي تغسل به فإن انتهى إلى ذلك فحكمه حكم الماء الذي تغير أحد أوصافه بشيء طاهر وإن كان هذا تعافه النفوس أكثر وهذا الحظ من كرهه وأما من زعم انه نجس فلا دليل معه .

المسئلة الرابعة ﴿ اتفق العلماء على طهارة أسنار المسلمين وبهيمة الانعام واختلفوا فيما عدى ذلك اختلافا كثيرا فمنهم من زعم أن كل حيوان طاهر السور ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذا القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافعي ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب إلى أن الأسنار تابعة للحوم فإن كانت اللحوم محرمة فالأسنار نجسة وإن كانت

مكروهة فلا سئار مكروهة وان كانت مباحة فلا سئار ظاهرة . واما سئور المشرك فقييل انه نجس وقيل انه مكروه اذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع أسئار الحيوانات التي لا تتوقى النجاسة غالباً مثل الدجاج المخلاة والابل الجلالة والكلاب المخلاة وسبب اختلافهم في ذلك هو ثلاثة أشياء ، أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب ، والثاني معارضته لظاهر الآثار ، والثالث معارضة الآثار بعضها بعضاً في ذلك . واما القياس فهو انه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر العين فسؤره طاهر واما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرک وذلك أن الله تعالى يقول في الخنزير (فانه رجس) وما هو رجس في عينه فهو نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحي الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له واما المشرک ففي قوله تعالى (انما المشركون نجس) فمن حمل هذا أيضاً على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك في القياس المشركين ومن أخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه . واما الآثار فانها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع . أما الكلب فحديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه وليغسله سبع مرات وفي بعض طرقه أولاهن بالتراب وفي بعضها وغفر وه الثامنة بالتراب واما الهر فمار وادقرة عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طهور الاناء اذا ولغ فيه الهر ان يغسل مرة أو مرتين وقرة ثمة عند أهل الحديث واما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينبو به من السباع والدواب فقال : ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً . واما تعارض الآثار في هذا الباب فمنها أنه روى عنه أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال : لها ما حملت في بطونها ولكم ما غير شرابا وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطاه وهو قوله يا صاحب الحوض لا تخبرنا فان ارد على السباع وترد علينا وحديث أبي قتادة أيضاً الذي خرجه مالك ان كبشة سكبت له وضوء فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انها ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات فاختلف العلماء في تأويل هذا لا تار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب مالك في الامر بآفة سئور الكلب وغسل الاناء منه الى ان ذلك عبادة غير معالة وان الماء الذي يلغ فيه ليس بنجس ولم ير آفة ما عدى الماء من الاشياء التي يلغ فيها الكلب في المشهور عنه وذلك

كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولأنه ظن أيضاً أنه ان فهم منه ان الكلب نجس العين عارضه
ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) يريد أنه لو كان نجس العين لنجس
الصيد بما سته وأيد هذا التأويل بما جاء في غسله من العدد والنجاسات ليس يشترط في
غسلها العدد فقال ان هذا الغسل إنما هو عبادة ولم يعرج على سائر تلك الآثار لضعفها عنده . وأما
الشافعي فاستثنى الكلب من الحيوان الحى ورأى ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة
سؤره وان لعابه هو النجس لا عينه فيما أحسب وأنه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى
الخنزير لما كان الآية المذكورة . وأما أبو حنيفة فانه زعم أن المفهوم من هذه الآثار الواردة بنجاسة
سؤر السباع والهرو الكلب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص أريد به العام
فقال الأستاذ نابعة للحوم الحيوان وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهرو والسباع
على ظاهر الأحاديث الواردة في ذلك وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهرو فاستثنى
من ذلك السباع فقط أما سؤر الكلب فللعدد المشتراط في غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب
له ولمعارضة حديث أبي قتادة له اذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل انها من الطوافين والكلب
طواف وأما الهرة فقصرنا الى ترجيح حديث أبي قتادة على حديث قره عن ابن سيرين
وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمر وما ورد في معناه لمعارضة حديث أبي قتادة به دليل
الخطاب وذلك أنه لما علل عدم النجاسة في الهرة بسبب الطواف فهم منه ان ما ليس بطواف
وهى السباع فاستأثرها محرمة ومن ذهب هذا المذهب ابن القاسم وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا
بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد في غسله شرطاً في طهارة الاناء الذى ولغ فيه لانه عارض
ذلك عنده القياس في غسل النجاسات أعنى ان المعتبر فيها إنما هو إزالة العين فقط وهذا على عاديه
في رد أخبار الأحاد لما كان معارضة الاصول لها . قال القاضي فاستعمل من هذا الحديث
بعضاً ولم يستعمل بعضاً أعنى أنه استعمل منه ما لم تعارضه عنده الاصول ولم يستعمل
ما عارضته منه الاصول وعضد ذلك بأنه مذهب أبي هريرة الذى روى الحديث . فهذه هى
الاشياء التى حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير فى هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق
فيها والمسئلة اجتهادية محضة يعسر ان يوجد فيها ترجيح ولعل الأرجح ان يستثنى من طهارة
استئثار الحيوان الكلب والخنزير والمشرى لصحة الآثار الواردة فى الكلب ولان ظاهر
الكتاب أولى أن يتبع فى القول بنجاسة عين الخنزير والمشرى من القياس وكذلك ظاهر
الحديث وعليه أكثر الفقهاء أعنى على القول بنجاسة سؤر الكلب فان الامر باراقة ما ولغ
فيه الكلب مخيل ومناسب فى الشرع لنجاسة الماء الذى ولغ فيه أعنى أن المفهوم بالعادة فى

الشرع من الامر باراقة الشئ * وغسل الاناء منه هو لنجاسة الشئ * وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير أن يكون الشرع بخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها . قال القاضي وقد ذهب جدي رحمه الله عليه في كتاب المقدمات الى أن هذا الحديث معلق معقول المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع أن يكون الكلب الذي ولغ في الاناء كلبا فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذي هو السبع في غسله فان هذا العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج والمداواة من الامراض وهذا الذي قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فانه اذا قلنا إن ذلك الماء غير نجس فالاولى ان يعطى علة في غسله من أن يقول انه غير معلق وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغني بعض الناس بأن قال ان الكلب الكلب لا يقرب الماء حين كلبه وهذا الذي قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لا في مبادئها وفي أول حدوثها فلامعنى لا اعتراضهم وأيضاً فإنه ليس في الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء ولعل في سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعني قبل ان يستحكم به الكلب ولا يستنكر ورود مثل هذا في الشرع فيكون هذا من باب ما ورد في الذباب إذا وقع في الطعام ان يغمس وتعليل ذلك بأن في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وأما ما قيل في المذهب من ان هذا الكلب هو الكلب المنهى عن اتخاذه أو الكلب الحضري فضعيف وبعيد من هذا التعليل إلا أن يقول قائل ان ذلك أعني النهي من باب التحريم في اتخاذه .

﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف العلماء في أسئار الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم إلى أن أسئار الطهر ظاهرة باطلاق وهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون إلى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ما لم تكن المرأة جنباً أو حائضاً وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن يشرعاً وقال قوم لا يجوز وان شرعاً معاً وهو مذهب أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم في هذا اختلاف الآثار وذلك ان في ذلك أربعة آثار ، أحدها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد ، والثاني حديث مبثوثة أنه اغتسل من فضلها ، والثالث حديث الحكم الغفاري ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرجه أبو داود والترمذي والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرعان معاً فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث

مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض . وأما من رجح حديث اغتسال النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانه مما اتفق الصحاح على تخرجه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسل معاً أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لان الغتسلين معاً كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه وصحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفاري قتال بطهر الاستار على الاطلاق وأما من رجح حديث الغفاري على حديث ميمونة وهو مذهب أبي محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفاري وحديث اغتسال النبي مع أزواجه من اناء واحد بأن فرق بين الاغتسال معاً وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط أجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يحزان يتطهر هو من فضل طهرها وأجاز أن يتطهر هي من فضل طهره وأما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة فانه أخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه يمكن ان يجمع عليه حديث الغفاري وحديث غسل النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهي الاتوضأ المرأة أيضاً بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من ان بعض رواه قال فيه أكثر ظني أو أكثر علمي ان أبا الشعثاء حدثني وأما من لم يحز لواحد منهما ان يتطهر بفضل صاحبه ولا بشرعاً معاً فله لم يبلغه من الاحاديث الا حديث الحكم الغفاري وقاس الرجل على المرأة . وأما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط فليست أعلم له حجة الا انه مروى عن بعض السلف أحسبه عن ابن عمر .

❦ المسئلة السادسة ❦ صار أبو حنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء الامصار الى اجازة الوضوء بنيذا التمر في السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: هل معك من ماء فتال معي نبيذ في أدواني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصيب فتوضأ به وقال شراب وظهور وحديث أبي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ثمرة طيبة وماء ظهور وزعموا انه منسوب الى الصحابة على وابن عباس وانه لا يخالف لهم من النصحابة فكان كالا لجماع عندهم ورد أهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواه ولانه قد روى من طريق أوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لهذا الحديث بقوله تعالى (فلم نجد وإماء فتيمة موصية طيباً) قالوا فلم يجعلها هنا وسطاً بين الماء والصعيد بقوله عليه الصلاة والسلام: الصعيد الطيب وضوء

المسلم وإن لم يجد الماء إلى عشر حجج فإذا وجد الماء فليجسه بشرته ولهم أن يقولوا إن هذا قد أطلق عليه في الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضي نسخاً فيعارضها الكتاب لكن هذا مخالف لقولهم إن الزيادة نسخ .

﴿ الباب الرابع في نواقض الوضوء ﴾

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (أوجاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء) وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ . واتفقوا في هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذي والودي لصحة الآثار في ذلك إذا كان خروجهما على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب .

﴿ المسألة الأولى ﴾ اختلف علماء الامصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم في ذلك الخارج وحده من أى موضع خرج وعلى أى جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأحمد وجماعة ولهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والقصد والحجامة والقيء إلا البلغم عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة أنه إذا ملأ الفم ففيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم إلا المجاهد واعتبر قوم آخر ون المخرجين الذكور والدبر فقالوا كل ما خرج من هذين السيلين فهو ناقض للوضوء من أى شئ خرج من دم أو حصاً أو بلغم وعلى أى وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض ومن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذي والودي والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينتقض الوضوء فلم يروا في الدم والحصاة والدود وضوء أولاد في السلس ومن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه . والسبب في اختلافهم أنه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السيلين من غائط وبول وريح ومذي لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق إلى ذلك ثلاث احتمالات، أحدها أن يكون الحكم انما علق بأعيان هذه الأشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله، الاحتمال الثاني أن يكون الحكم انما علق بهذين جهة أنها نجاس خارجة من البدن لسكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس، والاحتمال الثالث أن

يكون الحكم أيضاً انما علق بهما من جهة انها خارجة من هذين السيلين فيكون على هذين القولين الاخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو من باب الخاص اريد به العام ويكون عند مالك واصحابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه فالشافعي وأبو حنيفة اتفقا على أن الامر بهما هو من باب الخاص اريد به العام واختلفاً أى عام هو الذى قصده فمالك يرجح مذهبه بأن الأصل هو أن يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي محتج بأن المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على إيجاب الوضوء من المخرج الذى يخرج من أسفل وعدم إيجاب الوضوء منه إذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيهاً على أن الحكم للمخرج وهو ضعيف لأن الرجين مختلفان في الصفة والرائحة وأبو حنيفة محتج لأن المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة في الطهارة وهذه الطهارة وإن كانت طهارة حكومية فإن فيها شبيهاً من الطهارة المعنوية أعني طهارة النجس وبحديث ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ وعمار روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من إيجابهما الوضوء من الرعاف وعمار روى من أمره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المفهوم من هذا كله عند أبي حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعي وأبو حنيفة على إيجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وإن خرجت على جهة المرض لأمره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك فرأى أن المرض له هاهنا تأثير في الرخصة قياساً أيضاً على ما روى أيضاً من أن المستحاضة لم تؤمر إلا بالتسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت أبي حبيش هذا هو متفق على صحته ويختلف في هذه الزيادة فيه أعني الأمر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها أبو عمر بن عبد البر وقياساً على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع مثل ما روى أن عمر رضى الله عنه صلى وجرحه يشغب دماً .

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء في النوم على ثلاثة مذاهب فقوم رأوا أنه حدث فأوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا أنه ليس يحدث فلم يوجبوا منه الوضوء إلا إذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك وإذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى أن بعض السلف كان يוכל بنفسه إذا نام من يتقدم حاله أعني هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل فأوجبوا في الكثير المستثقل الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات تعرض فيها الاستئصال

من النوم أكثر من بعض وكذلك خرج الحدث اختلف الفقهاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعا أو ساجدا فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيرا ومن نام جالسا فلا وضوء عليه إلا أن يطول ذلك به . واختلف القول في مذهبه في الرا كع فرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد . وأما الشافعي فقال على كل نائم كيف مانام الوضوء الامن نام جالسا . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعا . وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أن هاهنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس في النوم وضوء أصلا كحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيته ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة والسلام: اذا نمت أحدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فإنه لعلة يذهب ان يستغفر به فيسب نفسه وما روى أيضا أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضئون وكلها آثار نابذة . وهاهنا أيضا أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وأبينها في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك أنه قال كنا في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم فأمرنا ألا نزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا نزعها الا من جنباة فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذي، ومنها حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام: اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوءه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة) أي اذا قمتم من النوم على ما روى عن زيد بن أسلم وغيره من السلف فلم تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح إما أسقط وجوب الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الأحاديث التي تسقطه وإما أوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الأحاديث التي توجبه أيضا أعنى على حسب ما ترجح عند من الأحاديث الموجبة أو من الأحاديث المستتقة ومن ذهب مذهب الجمع حمل الأحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمستتقة للوضوء على القليل وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح ما أمكن الجمع عند أكثر الأصوليين . وأما الشافعي فأنما حملها على ان استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة أعنى انهم كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضئون ويصلون وإنما أوجبه أبو حنيفة في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو انه عليه الصلاة والسلام قال: إنما الوضوء على من نام مضطجعا والرواية بذلك ثابتة عن عمر .

وأما مالك فلما كان النوم عنده انما ينقض الوضوء من حيث كان غالباً سبباً للحدث راعى فيه ثلاثة أشياء الاستئصال أو الطول أو الهيئته فلم يشترط في الهيئته التي يكون منها خروج الحدث غالباً الطول ولا الاستئصال واشترط ذلك في الهيئات التي لا يكون خروج الحدث منها غالباً .

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف العلماء في إيجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى أن من لمس امرأة بيده مفضياً اليها ليس بينها وبينه حجاب ولا يستر فعلية الوضوء وكذلك من قبلها لان القبلة عندهم لمس ما وسواء أتد أم لم يلدن وبهذا القول قال الشافعى وأصحابه الا انه مرة فرق بين اللامس والملموس فأوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما ومرة أيضاً فرق بين ذوات المحارم والزوجة فأوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ومرة سوى بينهما . وذهب آخرون الى إيجاب الوضوء من اللمس اذا قارنته اللذة أو قصد اللذة في تفصيل لهم في ذلك وقع بحائل أو بغير حائل بأى عضو انفق ما عدى القبلة فانهم لم يشترطوا اللذة في ذلك وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه . ونفى قوم إيجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبى حنيفة ولكل سلف من الصحابة الا اشتراط اللذة فأنى لا اذكر أحداً من الصحابة اشتراطها . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس في كلام العرب فان العرب تطلقه مرة على اللمس الذى هو باليد ومرة تسكنى به عن الجماع فذهب قوم الى أن اللمس الموجب للطهارة في آية الوضوء هو الجماع في قوله تعالى (أولاً مستم النساء) وذهب آخرون الى أنه اللمس باليد ومن هؤلاء من رآه من باب العام أريد به الخا ص فاشتراط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام أريد به العام فلم يشترط اللذة فيه . ومن اشترط اللذة فأنما دعاه الى ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده ورأى لمسته وخرج أهل الحديث حديث حبيب بن أبى ثابت عن عمر وعنه عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قبل بعض نساءه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هي الا أنت فضحكت قال أبو عمر هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه مال أبو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث أيضاً من طريق معبد بن نبانة وقال الشافعى ان ثبت حديث معبد ابن نبانة في القبلة لم أرفها ولا فى اللمس وضوءاً . وقد احتج من أوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازاً على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز فالاولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولاً ولئلك أن يقولوا

ان الجاز اذا كثرا استعماله كان أدل على الجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذي هو أدل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض الذي هو فيه حقيقة والذي أعتقده أن اللمس وان كانت دلالة على المعنيين بالسواء أو قريباً من السواء أنه أظهر عندى في الجماع وان كان مجازاً لأن الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة واللمس عن الجماع وهما في معنى اللمس وعلى هذا التأويل في الآية يحتاج بها في اجازة التيمم للجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ما سيأتى بعد وترفع المعارضة التي بين الآثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية اللمسين معاً فضعيف فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك إنما تقصده معنى واحداً من المعاني التي يدل عليها الاسم لا جميع المعاني التي يدل عليها وهذا بين بنفسه في كلامهم .

المسألة الرابعة مس الذي اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم من رأى الوضوء فيه كيف مامسه وهو مذهب الشافعي وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم يرفه وضوء أصلاً وهو أبو حنيفة وأصحابه ولكل الفرقين سلف من الصحابة والتابعين . وقوم فرقوا بين ان يمسه بحال أو لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء اختلفوا فيه فرأى منهم من فرق فيه بين ان يلتذ أولاً يلتذ ومنهم من فرق بين ان يمسه بباطن الكف أو لا يمسه فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوه مع عدمها وكذلك أوجبوه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظاهرها وهذا الاعتباران مرويان عن أصحاب مالك وكان اعتبار بباطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة وفرق قوم في ذلك بين العمد والنسيان فأوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروى عن مالك وهو قول داود وأصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب . قال أبو عمر وهذا الذي استمر من مذهب مالك عند أهل المغرب من أصحابه والرواية عنه مضطربة . وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق يسرة أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو أشهر الأحاديث الواردة في إيجاب الوضوء من مس الذكر خرجه مالك في الموطأ وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وضعفه أهل الكوفة وقد روى أيضاً معناه من طريق أم حبيبة وكان أحمد بن حنبل يصححه وقد روى أيضاً معناه من طريق أبي هريرة وكان ابن السكن أيضاً يصححه ولم يخرج به البخاري ولا مسلم ، والحديث الثاني المعارض له حديث طلق بن علي قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوى فقال يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد ان يتوضأ فقال :

وهل هو الا بضعة منك خرجه أيضا أبو داود والترمذي وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث أحد مذهبين إمامذهب الترجيح أوالنسخ وإمامذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة أورآه ناسخا لحديث طلق بن علي . قال بإيجاب الوضوء من مس الذكرومن رجح حديث طلق بن علي أسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام ان يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه في حال ولم يوجب في حال أو حمل حديث بسرة على الندب وحديث طلق بن علي على نفي الوجوب والاحتجاجات التي يحجج بها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة بطول ذكرها وهي موجودة في كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا اليه .

﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف الصدر الاول في ايجاب الوضوء من أكل مامسته النار لاختلاف الآثار الواردة في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء الامصار بعد الصدر الاول على سقوطه اذصح عندهم انه عمل الخلفاء الاربعة ولما ورد من حديث جابر انه قال كان آخر الامر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار خرجه أبو داود ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحاق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجز ورثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام .

﴿المسئلة السادسة﴾ شذأبوحنيفة فأوجب الوضوء من الضحك في الصلاة لم رسل أبي العالية وهو أن قوما نضحكوا في الصلاة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بإعادة الوضوء والصلاة وردالجمهور هذا الحديث لكونه مراسلا ومخالفة للاصول وهو ان يكون شئ ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غير الصلاة وهو مرسل صحيح .

﴿المسئلة السابعة﴾ وقد شذ قوم فأوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ . وينبغي ان تعلم ان جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأي نوع كان من قبل إغماء أو جنون أو سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعني انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب الوضوء في الحالة التي هي سبب للحدث غالبا وهو الاستئصال فأحرى ان يكون ذهاب العقل سببا لذلك فهذه هي مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغي ان نصير الى الباب الخامس .

﴿ الباب الخامس ﴾

وهو معرفة الأفعال التي تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فانفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وان كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة أو من شروط الوجوب ولم يختلفوا ان ذلك شرط في جميع الصلوات الا في صلاة الجنائز وفي السجود أعني سجود التلاوة فان فيه خلافا شاذاً . والسبب في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود فمن ذهب الى ان اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب الى انه لا ينطلق عليهما اذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود أيضا ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ هل هذه الطهارة شرط في مس المصحف أم لا فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي الى انها شرط في مس المصحف وذهب أهل الظاهر الى انها ليست بشرط في ذلك . والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى (لا يمسه الا المطهرون) بين ان يكون المطهرون هم بنو آدم وبين ان يكونوا هم الملائكة وبين ان يكون هذا الخبر مفهوماً للنهي وبين ان يكون خبراً لانهي فمن فهم من المطهرين بنى آدم وفهم من الخبر النهي قال لا يجوز ان يمس المصحف الا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقي الامر على انبراء الاصلية وهي الاباحة . وقد احيى الجمهور لمذهبهم بحديث عمر وبن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب: لا يمسه القرآن الا طاهر وأحاديث عمر وبن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها لانها مصحفة ورأيت ابن المقور يصححها اذ ارادتها اثبات لانها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك أحاديث عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده وأهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر لانهم غير مكلفين .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الجنب في أحوال ، أحدها اذا أراد ان ينام وهو جنب فذهب الجمهور الى استحبابه دون وجوبه وذهب أهل الظاهر الى

وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر أنه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو أيضا مروي عنه من طريق عائشة . وذهب الجمهور الى حمل الامر بذلك على التدب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبته وجوب الطهارة لارادة النوم أعني المناسبة الشرعية . وقد احتجوا أيضا لذلك بأحاديث أثبتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأني بطعام فقالوا ألا تأتلك بطهر فقال : أأصلي فأتوضأ وفي بعض رواياته فتيسل له ألا تتوضأ فقال : ما أردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال به ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه وقد احتجوا بحديث عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لا يمس الماء الا انه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب الذي يريد أن يأكل أو يشرب وعلى الذي يريد أن يعاود أهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الاشياء وذلك أن الطهارة انما فرضت في الشرع لأحوال التعظيم كالصلاة وأيضا فلمكان تعارض الآثار في ذلك وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه أمر الجنب اذا أراد أن يعاود أهله أن يتوضأ وروى عنه انه كان يجمع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روى عنه منع الاكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروى عنه اباحة ذلك .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ ذهب مالك والشافعي الى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب أبو حنيفة الى اسقاطه . وسبب اختلافهم زردا الطواف بين ان يلحق حكمه بحكم الصلاة أولا يلحق وذلك انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فأشبهه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في بعض الآثار تسمية الطواف صلاة . وحجة أبي حنيفة أنه ليس كل شيء منعه الحيض في الطهارة شرط في فعله اذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ ذهب الجمهور الى انه يجوز لغير متوضئ أن يقرأ القرآن وبذكر الله وقال قوم لا يجوز ذلك له الا ان يتوضأ . وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان . أحدهما حديث أبي جهم قال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحر بئر جمل فلقية رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه ردد عليه الصلاة والسلام السلام . والحديث الثاني حديث علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان لا يحجبه عن قراءة القرآن شيء الا الجنابة فصار الجمهور الى أن الحديث الثاني ناسخ للاول وصار من أوجب الوضوء لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول .

﴿ كتاب الغسل ﴾

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ومعرفة ما به تفعل وهو الماء المطلق في ثلاثة أبواب ، الباب الاول في معرفة العمل في هذه الطهارة ، والثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة ، والباب الثالث في معرفة أحكام نواقض هذه الطهارة . فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولا خلاف في ذلك وكذلك لا خلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك أحكام المياه قد تقدم القول فيها .

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب يتعلق بأربع مسائل ، المسئلة الاولى اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال في طهارة أعضاء الوضوء أم يكفي فيها إقاضة الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه على بدنه فأكثر العلماء على أن إقاضة الماء كافية في ذلك وذهب مالك وجل أصحابه والمزني من أصحاب الشافعي الى انه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكل بعد . والسبب في اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة في صفة الغسل لتياس الغسل في ذلك على الوضوء وذلك أن الاحاديث الثابتة التي وردت في صفة غسله عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التذلك وانما فيها إقاضة الماء فقط ففي حديث عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ثم يأخذ الماء فيدخل أصابعه في أصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرقات ثم يفيض الماء على جاده كله والصفة الواردة في حديث ميمونة قريبة من هذه الا انه أخر غسل رجليه من أعضاء الوضوء الى آخر التطهر وفي حديث أم سلمة أيضا وقد سأله عليه الصلاة والسلام هل تنقض ضفر رأسها الغسل الجنابة فقال عليه الصلاة والسلام : انما يكفيك ان تحي على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم تفيض عليك الماء فاذا انت قد طهرت وهو أقوى في اسقاط التذلك من تلك الأحاديث الأخر لانه يمكن هنالك ان يكون الواصف لطهره قد ترك التذلك وأما ههنا فاما حصرها شروط الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هي أكمل صفاتها وأن ما ورد

في حديث أم سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وإن الوضوء في أول الطهر ليس من شرط الطهر الا خلافاً لما روى عن الشافعي وفيه قوة من جهة ظواهر الاحاديث وفي قول الجمهور قوة من جهة النظر لان الطهارة ظاهر من أمرها انها شرط في صحة الوضوء لا الوضوء شرط في صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث وطريقة الشافعي تغليب ظاهر الاحاديث على القياس فذهب قوم كما قلنا إلى ظاهر الاحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الاحاديث فأوجبوا التدلك كالحال في الوضوء فنرجح القياس صار إلى إيجاب التدلك ومن رجح ظاهر الاحاديث على القياس صار إلى إسقاط التدلك وأعني بالقياس قياس الطهر على الوضوء وأما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف إذ كان اسم الطهر والغسل ينطلق في كلام العرب على المعنيين جميعاً على حد سواء .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النية أم لا كاختلافهم في الوضوء فذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه إلى ان النية من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه وأثوري إلى انها تجزئ بغير نية كالحال في الوضوء عندهم . وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في المضغضة والاستنشاق في هذه الطهارة أيضاً كاختلافهم فيها في الوضوء أعني هل هما واجبان فيها أم لا فذهب قوم إلى انها غير واجبتين فيها وذهب قوم إلى وجوبهما ومن ذهب إلى عدم وجوبهما مالك والشافعي ومن ذهب إلى وجوبهما أبو حنيفة وأصحابه . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أم سلمة للاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام في طهره وذلك ان الاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه في الطهر فيها المضغضة والاستنشاق وحديث أم سلمة ليس فيه أمر لا بمضغضة ولا باستنشاق فن جعل حديث عائشة وميمونة مفسراً لجمل حديث أم سلمة ولقوله تعالى (وان كنتم جنباً فاطهروا) أوجب المضغضة والاستنشاق ومن جعله معارضاً جمع بينهما بأن حمل حديثي عائشة وميمونة على التدب وحديث أم سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تحليل الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة أم لا ومذهب مالك انه مستحب ومذهب غيره انه واجب وقد عارضه مذهب من أوجب التحليل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: تحت كل شعرة جنابة فأتقوا البشر وبلوا الشعر .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب أم ليسا من شرطها

كاختلافهم من ذلك في الوضوء . وسبب اختلافهم في ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب أو على الندب فإنه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط الامر بنا متواليا وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب في هذه الطهارة أبين منها في الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أم سلمة: إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيض الماء على جسدك وحرف ثم يقتضى الترتيب بلا خلاف بين أهل اللغة .

﴿ الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة ﴾

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (وإن كنتم جنبا فاطهروا) . وقوله (ويسئلونك عن الحيض قل هو أذى) الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين أحدهما خروج المني على وجه الصحة في النوم أو في اليقظة من ذكر كان أو أنثى إلا ما روى عن النخعي من أنه كان لا يرى على المرأة غسلًا من الاحتلام وإنما اتفق الجمهور على مساواة المرأة في الاحتلام للرجل لحديث أم سلمة الثابت أنها قالت يا رسول الله المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها غسل قال: نعم إذا رأت الماء وأما الحديث الثاني الذي اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض أعني إذا انقطع وذلك أيضا لقوله تعالى (ويسئلونك عن الحيض) الآية ولتعليمه الغسل من الحيض إعمائشة وغيرها من النساء واختلفوا في هذا الباب مما يجري مجرى الأصول في مسألتين مشهورتين .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الصحابة رضي الله عنهم في سبب إيجاب الطهر من الوطء فمنهم من رأى الطهر واجبا في التقاء الختانين أنزل أو لم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار مالك وأصحابه والشافعي وأصحابه وجماعة من أهل الظاهر . وذهب قوم من أهل الظاهر إلى إيجاب الطهر مع الانزال فقط . والسبب في اختلافهم في ذلك تعارض الأحاديث في ذلك لأنه ورد في ذلك حديثان ثابتان اتفق أهل الصحيح على نحر مجبهما (قال) القاضي رضي الله عنه ومتى قلت ثابت فأنما أعني به ما أخرجه البخاري أو مسلم أو ما اجتمعا عليه . أحدهما حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: إذا قعد بين شعبها إلا ربع وألزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثاني حديث عثمان أنه سئل فقيل له أريت الرجل إذا جامع أهله ولم يمن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء في هذين الحديثين مذهبين، أحدهما مذهب النسخ، والثاني مذهب الرجوع

الى ما عليه الاتفاق عند التعارض الذي لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا أن حديث أبي هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ما روى عن أبي بن كعب أنه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما جعل ذلك رخصة في أول الاسلام ثم أمر بالغسل خرجه أبو داود وأما من رأى أن التعارض بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث أبي هريرة من جهة القياس قالوا وذلك أنه لما وقع الاجتماع على أن مجاوزة الحتاتين توجب الحد وجب أن يكون هو الموجب للغسل وحكوا أن هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الأربعة ورجح الجمهور ذلك أيضاً من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرجه مسلم .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في الصفة المعتبرة في كون خروج المني موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة في ذلك وذهب الشافعي الى أن نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة أو بغير لذة * وسبب اختلافهم في ذلك هو شيان ، أحدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذي أجنب على الجهة الغير المعتادة أم ليس ينطلق عليه فمن رأى أنه إنما ينطلق على الذي أجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر في خروجه من غير لذة ومن رأى أنه ينطلق على خروج المني كيفما خرج أوجب منه الطهر وإن لم يخرج مع لذة ، والسبب الثاني تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم في خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهراً أم ليس بوجبه فسنذكره في باب الحيض وإن كان من هذا الباب وفي المذهب في هذا الباب فرع وهو إذا انتقل من أصل مجاريه بلذة ثم خرج في وقت آخر بغير لذة مثل أن يخرج من المجمع بعد أن يتطهر فقليل بعيد الطهر وقيل لا يعيده وذلك أن هذا النوع من الخروج صحبته اللذة في بعض نقلته ولم تصحبه في بعض فن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب عليه طهر .

﴿ الباب الثالث في أحكام هذين الحديثين أعني الجنابة والحيض ﴾

أما أحكام الحدث الذي هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء في دخول المسجد للجنب على ثلاثة أقوال يقوم منهم ذلك باطلاق وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم ممنعوا ذلك إلا لما بر فيه لا مقيم ومنهم الشافعي وقوم أباحوا ذلك للجميع ومنهم داود وأصحابه فيما أحسب . وسبب اختلاف الشافعي

واهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة واتموا سجدي) الآية بين ان يكون في الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة أى لا تقربوا موضع الصلاة ويكون عابر سبيل استثناء من النهي عن قرب موضع الصلاة وبين الا يكون هنالك محذوف أصلاً وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذي عدم الماء وهو جنب فمن رأى ان في الآية محذوفاً أجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم يرد ذلك لم يكن عنده في الآية دليل على منع الجنب الاقامة في المسجد وأما من منع العبور في المسجد فلا أعلم له دليلاً الا ظاهر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: لا أحل المسجد للجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند أهل الحديث واختلافهم في الحائض في هذا المعنى هو اختلافهم في الجنب .

﴿المسئلة الثانية﴾ مس الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا أن يمسه غير متوضي . وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في منع غير المتوضي أن يمسه أعني قوله لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف في الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم في منع الحائض منعه .

﴿المسئلة الثالثة﴾ قراءة القرآن للجنب اختلاف الناس في ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى إباحته . والسبب في ذلك الاحتمال المنتظر الى حديث على انه قال: كان عليه الصلاة والسلام لا يمسسه من قراءة القرآن شيء الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيئاً لانه ظن من الراوى ومن اين يعلم أحد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة الا لو أخبره بذلك والجمهور رأوا انه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن نومه ولا ظن وانما قاله عن تحقق وقوم جعلوا الحائض في هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فجازوا للحائض القراءة القليلة استحساناً لطول مقامها حائضاً وهو مذهب مالك فهذه هي أحكام الجنابة . (وأما أحكام الدماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر في ثلاثة أبواب ، الاول معرفة أنواع الدماء الخارجة من الرحم ، والثاني معرفة العلامات التي تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر أو الاستحاضة والاستحاضة أيضاً الى الطهر والثالث معرفة أحكام الحيض والاستحاضة أعني موانعها وموجباتها ومن نذكر في كل باب من هذا الابواب الثلاثة من المسائل ما يجري مجرى القواعد والاصول لجميع ما في هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه .

﴿ الباب الاول ﴾

اتفق المسلمون على ان الدماء التي تخرج من الرحم ثلاثة ، دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة . ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وانه غير دم الحيض لفوله عليه الصلاة والسلام . انما ذلك عرق وليس بالحيضة ودم تقاس وهو الخارج مع الولد .

﴿ الباب الثاني ﴾

أما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك في الاكثر تنبني على معرفة أيام الدماء المعتادة وأيام الاطهار ونحن نذكر منها ما يجري مجرى الاصول وهي سبع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء في أكثر أيام الحيض وأقلها وأقل أيام الطهر فروى عن مالك ان أكثر أيام الحيض خمسة عشر يوماً وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة أكثره عشرة أيام وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضاً الا انه لا يعتد بها في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي اقله يوم وليلة وقال أبو حنيفة اقله ثلاثة أيام وأما أقل الطهر فاضطررت فيه الروايات عن مالك فروى عنه عشرة أيام وروى عنه ثمانية أيام وروى خمسة عشر يوماً والى هذه الرواية مال البغداديون من أصحابه وبها قال الشافعي وأبو حنيفة وقيل سبعة عشر يوماً وهو أقصى ما نعتد عليه الا جماع فيما أحسب . وأما أكثر الطهر فليس له عندهم حد واذا كان هذا موضوعاً من أقوالهم فمن كان لأقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما كان أقل من ذلك القدر اذا ورد في سن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لأقل الحيض عنده قدر محدود وجب ان تكون الدفعة عنده حيضاً ومن كان أيضاً عنده أكثره محدوداً وجب ان يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة . ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوماً فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي الا ان مالك قال اتصلت من حين تتيقن الاستحاضة وعند الشافعي انها تعيد صلاة ما سلف لها من الايام الا أقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد أيام لداتها ثم تستظهر بثلاثة أيام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة وأما المعتادة ففيها روايتان عن مالك ، احدهما بانها على عادتها

وزيادة ثلاثة أيام ما لم تتجاوز أكثر مدة الحيض ، والثانية جلوسها الى انقضاء أكثر مدة الحيض أو تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييز وقال الشافعي تعمل على أيام عاداتها وهذه الاقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره وأقل الطهر لا مستند لها الا التجربة والعادة وكل انما قال من ذلك ما ظن ان التجربة أو وقفته على ذلك ولا اختلاف ذلك في النساء عسر ان يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وانما أجمعوا بالجملة على ان الدم اذا ما أدى أكثر من مدة أكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لفاطمة بنت حبيش : فاذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا ذهبت قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي والمتجاوزة لأمداً أكثر أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وانما صار الشافعي ومالك رحمهما الله في المعتادة في احدي الروايتين عنه الى أنها تنبئ على عاداتها لحديث أم سلمة الذي رواه في الموطا ان امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لتنظر الى عدد الليالي والايام التي كانت تحيضن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلقت ذلك فلتغتسل ثم لتستر بثوب ثم لتصلي فألقوا حكم الحائض التي تشك في الاستحاضة بحكم المستحاضة التي تشك في الحيض وانما رأى أيضاً في المبتدأة ان يعتبر أيام لدائها لان أيام لدائها شبيهة بأيامها فجعل حكمها واحداً . وأما الاستظهار الذي قال به مالك بثلاثة أيام فهو شئ انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم في ذلك جميع فقهاء الامصار ما عدى الاوزاعي اذ لم يكن لذلك ذكر في الاحاديث الثابتة وقد روى في ذلك أنرضعيف .

المسئلة الثانية ﴿ ذهب مالك وأصحابه في الحائض التي تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض يوماً أو يومين وتطهر يوماً أو يومين الى أنها تجمع أيام الدم بعضها الى بعض وتلغى أيام الطهر وتغتسل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراد وتصلي فانها لا تدري لعل ذلك طهر فاذا اجتمع لها من أيام الدم خمسة عشر يوماً فهي مستحاضة وبهذا القول قال الشافعي وروى عن مالك أيضاً أنها تلتقي أيام الدم وتعتبر بذلك أيام عاداتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام فان انقطع الدم والافهي مستحاضة وجعل الايام التي لا ترى فيها الدم غير معتبرة في العدد لا معنى له فانه لا تخلو تلك الايام ان تكون أيام حيض أو أيام طهر فان كانت أيام حيض فيجب ان تلقها الى أيام الدم وان كانت أيام طهر فليس يجب ان تلق أيام الدم اذ كان قد تخللها طهر والذي يحجب على أصوله انها أيام حيض لا أيام طهر اذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين

فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق ان دم الحيض ودم النفاس يجري ثم ينقطع يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضى ايام الحيض أو ايام النفاس كما تجري ساعة أو ساعتين من النهار ثم ينقطع .

المسئلة الثالثة ﴿﴾ اختلفوا في أقل النفاس وأ كثره فذهب مالك الى أنه لا حد لأقله وبه قال الشافعي وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصري عشرون يوما . وأما أ كثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء وأصحابه ثابتون على القول الاول وبه قال الشافعي وأ كثر أهل العلم من الصحابة على ان أ كثره أربعون يوما وبه قال أبو حنيفة وقد قيل تعتبر المرأة في ذلك أيام أشباهها من النساء فإذا جاوزتها فهي مستحاضة و فرق قوم بين ولادة الذكرو ولادة الانثى فقالوا للذكور ثلاثون يوما وللانثى أربعون يوما . وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتحديد لا اختلاف أحوال النساء في ذلك ولأنه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطهر .

المسئلة الرابعة ﴿﴾ اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذي ترى الحامل هو حيض أم استحاضة فذهب مالك والشافعي في أصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب أبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الا أن يصيبها الطلق فانهم أجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض في منعه الصلاة وغير ذلك من أحكامه ولما لك وأصحابه في معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تعادى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة أقوال مضطربة ، أحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها أعنى إيمان تعدأ كثر أيام الحيض ثم هي مستحاضة وإما ان تستظهر على أيامها المعتادة بثلاثة أيام مالم يكن مجموع ذلك أكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تعد حائضا ضعف أكثر أيام الحيض وقيل انها تضعف أكثر أيام الحيض بعدد الشهور التي مرت لها في الشهر الثاني من حملها تضعف أيام أكثر الحيض مرتين وفي الثالث ثلاث مرات وفي الرابع أربع وأربع وكذلك ما زادت الاشهر . وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الامر بين فانه مرة يكون الدم الذي تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة وافر والجنين صغيرا وبذلك أمكن أن يكون حمل على حمل على ما حكاه بقراط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذي تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها في الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الاكثر دم علة .

﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف الفقهاء في الصفرة والكدره هل هي حيض أم لا فرأت جماعة انها حيض في أيام الحيض وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفي المدونة عنه ان الصفرة والكدره حيض في أيام الحيض وفي غير أيام الحيض رأت ذلك مع الدم أو لم تره . وقال داود وأبو يوسف ان الصفرة والكدره لا تكون حيضة الا بأثر الدم . والسبب في اختلافهم مخالفة ظاهر حديث أم عطية لحديث عائشة وذلك أنه روى عن أم عطية انها قالت : كنا لا نعد الصفرة والكدره بعد الغسل شيأ وروى عن عائشة أن النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدره من دم الحيض يسئلنها عن الصلاة فتقول : لا نمجلن حتى ترين القصة البيضاء فمن رجع حديث عائشة جعل الصفرة والكدره حيضا سواء طهرت في أيام الحيض أو في غير أيامه مع الدم أو بلا دم فان حكم الشئ الواحد في نفسه ليس يختلف ومن رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث أم عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة في أثر انقطاعه أو أن حديث عائشة هو في أيام الحيض وحديث أم عطية في غير أيام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث أم عطية ولم ير والصفرة ولا الكدره شيئا لا في أيام حيض ولا في غيرها ولا بأثر الدم ولا بعد انقطاعه انول رسول الله صلى الله عليه وسلم : دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدره ليست بدم وانما هي من سائر الرطوبات التي ترخيها الرحم وهو مذهب أبي محمد بن حزم .

﴿المسئلة السادسة﴾ اختلف الفقهاء في علامة الطهر فرأى قوم أن علامة الطهر رؤية القصة البيضاء أو الجفوف وبه قال ابن حبيب من أصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادت لها أن تطهر بالقصة البيضاء أو بالجفوف أى ذلك رأت طهرت به وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها الجفوف وذلك في المدونة عن مالك * وسبب اختلافهم أن منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التي عادت لها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التي عادت لها القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكلا لأصحاب مالك .

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلف الفقهاء في المستحاضة اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض كما اختلفوا في الحائض اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك في المستحاضة أبدأ حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو أكثر من أقل أيام الطهر فحينئذ تكون حائضا أعنى اذا اجتمع لها هذان الشيئان تغير الدم وأن يمر لها في الاستحاضة من الايام ما يمكن ان يكون

طهراً ولا فهي مستحاضة أبداً . وقال أبو حنيفة تقعد أيام عادتھا ان كانت لها عادة وان كانت مبتدأة قعدت أكثر الحيض وذلك عنده عشرة أيام وقال الشافعي تعمل على التمييز ان كانت من أهل التمييز وان كانت من أهل العادة عملت على العادة . وان كانت من أهلها معاقله في ذلك قولان ، أحدهما تعمل على التمييز ، والثاني على العادة . والسبب في اختلافهم ان في ذلك حديثين مختلفين ، أحدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت أبي حبيش أن النبي عليه الصلاة والسلام أمرها وكانت مستحاضة أن تدع الصلاة قدر أيامها التي كانت تحيض فيها قبل أن يصيبها الذي أصابها ثم تغتسل وتصلي وفي معناه أيضاً حديث أم سلمة المتقدم الذي خرجه مالك والحديث الثاني ما خرجه أبو داود ومن حديث فاطمة بنت أبي حبيش انها كانت استحاضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن دم الحيضة أسود يعرف فإذا كان ذلك فامكثي عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فأما هو عرق وهذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع فمن ذهب مذهب ترجيح حديث أم سلمة وما ورد في معناه قال باعتبار الايام ومالك رضي الله عنه اعتبر عدد الايام فقط في الحائض التي تشك في الاستحاضة ولم يعتبرها في المستحاضة التي تشك في الحيض أعني لا عددها ولا موضعها من الشهر اذ كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء في المستحاضة التي تشك في الحيض فاعتبر الحكم في القرع ولم يعتبر في الاصل وهذا غريب فتأمل به ومن رجح حديث فاطمة بنت أبي حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضى ما يمكن أن يكون طهراً من أيام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الاول هو في التي تعرف عدد أيامها من الشهر وموضعها والثاني في التي لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى انها ان لم تكن من أهل التمييز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها ولا تعرف عددها انها تتجري على حديث حمزة بنت جحش صححه الترمذي وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : انما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلي وسياأتى الحديث بكامله بعد عند حكم المستحاضة في الطهر فهذه هي مشهورات المسائل التي في هذا الباب وهي بالجملة واقعة في أربعة مواضع ، أحدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض ، والثاني معرفة انتقال الحيض الى الطهر ، والثالث معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة ، والرابع معرفة انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذي وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فسكوت عنها أعني عن تحديدها وكذلك الامر في انتقال النفاس الى

الاستحاضة .

﴿الباب الثالث﴾ وهو معرفة أحكام الحيض والاستحاضة والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ويستلونك عن الحيض) الآية والاحاديث الواردة في ذلك التي سند كرها وانفق المسلمون على ان الحيض يمنع أربعة أشياء ، أحدها فعل الصلاة وجوبها أعني انه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم ، والثاني انه يمنع فعل الصوم لاقضائه وذلك لحديث عائشة الثابت انها قالت : كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة وانما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج ، والثالث فيما أحسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تفعل كل ما يفعل الحاج غير الطواف بالبيت ، والرابع الجماع في الفرج لقوله تعالى (فاعزلوا النساء في الحيض) الآية . واختلفوا من أحكامها في مسائل نذكر منها مشهوراتها وهي خمس .

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض وما يستباح منها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة له منها ما فوق الازار فقط وقال سفيان الثوري وداود الظاهري انما يجب عليه ان يجتنب موضع الدم فقط . وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد في الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة انه عليه الصلاة والسلام : كان يأمر اذا كانت احداهن حائضا أن تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد ايضا من حديث ثابت بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا كل شيء بالحائض الا النكاح وذكر أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهي حائض : اكشفي عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذي وحنيت عليه حتى دفى وكان قد أوجعه البرد وأما الاحتمال الذي في آية الحيض فهو تردد قوله تعالى (قل هو أذى فاعزلوا النساء في الحيض) بين أن يحمل على عمومها الا ما خصصه الدليل أو ان يكون من باب العام أريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه (قل هو أذى) والاذى انما يكون في موضع الدم فن كان المفهوم منه عنده العموم أعني انه اذا كان الواجب عنده أن يحمل هذا القول على عمومها حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين ومن كان عنده من باب العام أريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الازار وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذي نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه أذى فحمل أحاديث المنع لما تحت الازار

على الكراهية وأحاديث الاباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا بأنه قد دلت السنة أنه ليس من جسم الحائض شئ نجس الا موضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة أن تناوله الخمرة وهي حائض فقالت انى حائض فقال عليه الصلاة والسلام: إن حيضتك ليست في يدك وما ثبت أيضاً من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام وهي حائض وقوله عليه الصلاة والسلام: ان المؤمن لا ينجس .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلفوا في وطء الحائض في طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعي والجمهور الى ان ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى ان ذلك جائز اذا طهرت لا كثر أمدا الحيض وهو عنده عشرة أيام وذهب الاوزاعي الى أنها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها أعنى كل حائض طهرت متى طهرت وبه قال أبو محمد بن حزم . وسبب اختلافهم الاحتمال الذى فى قوله تعالى (فاذا تطهرن) فأتوهن من حيث أمركم الله هل المراد به الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض أم الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء هل المراد به طهر جميع الجسد أم طهر الفرج فان الطهر فى كلام العرب وعرف اشرع اسم مشترك يقال على هذه الثلاثة المعانى وقد رجح الجمهور مذهبهم بان صيغة الفعل انما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى (فاذا تطهرن) أظهر فى معنى الغسل بالماء منه فى الطهر الذى هو انقطاع الدم والاظهر بحسب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعلان فى قوله تعالى (حتى يطهرن) هو أظهر فى الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض منه فى التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر فى قوله تعالى حتى يطهرن معنى واحداً من هذه المعانى الثلاثة ان يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهرن لانه مما ليس يمكن أو مما يعسر ان يجمع فى الآية بين معنيين من هذه المعانى مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهرن النقاء ويفهم من لفظ تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكيين فى الاحتجاج للمالك فانه ليس من عادة العرب ان يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فأعطه درهما لان الجملة الثانية هى مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأول قوله تعالى (ولا تقر بوهن حتى يطهرن) على أنه النقاء وقوله (فاذا تطهرن) على أنه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما وذلك غير مفهوم فى كلام العرب الا ان يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقر بوهن حتى يطهرن وبتطهرن فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله وفى تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه الا ان يقول قائل

ظهور لفظ التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف في الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد هاهنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فما ترجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه وأعني بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فذا تطهرن في الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف في الآية ان أحب أن يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء فأى الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه أعني إما لا يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فذا تطهرن على النقاء أو يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فذا تطهرن على الغسل بالماء أو يقايس بين ظهور لفظ فذا تطهرن في الاغتسال وظهور لفظ يطهرن في النقاء فأى كان عنده أظهر أيضاً صرف تأويل اللفظ الثاني له وعمل على انه ما يدلان في الآية على معنى واحد أعني إما على معنى النقاء وإما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباع النظر اتفقي ان ينتهي في هذه الاشياء الى أكثر من هذا فتأمل وفي مثل هذه الحال يسوغ أن يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار رأبي حنيفة أكثر الخيض في هذه المسئلة فضعيف .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الفقهاء في الذي يأتي امرأته وهي حائض فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وقال أحمد بن حنبل يتصدق بدينار أو ينصف دينار وقالت فرقة من أهل الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انتطاع الدم فنصف دينار . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الأحاديث الواردة في ذلك أو وهما وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض انه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى أيضاً في حديث ابن عباس هذا : انه ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انتطاع الدم فنصف دينار وروى في هذا الحديث يتصدق بخمسة دنانير وبه قال الاوزاعي فنصح عنده شيء من هذه الأحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنده شيء منها وهم الجمهور عمل على الأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء في المستحاضة فقوم أوجبوا عليها طهراً واحداً فقط وذلك عند ما ترى انه قد انتضت حيضتها باحدى تلك العلامات التي تدمت على حسب مذهب هؤلاء في تلك العلامات وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهراً واحداً انقسموا قسمين فقوم أوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وقوم استحبوا ذلك لها ولم يوجبوا عليها والذين أوجبوا عليها طهراً واحداً فقط هم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الامصار

وأكثر هؤلاء أوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها إلا استحباباً وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة أن تتطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب أن تؤخر الظهر إلى أول العصر ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب إلى آخر وقتها وأول وقت العشاء وتتطهر طهرانياً وتجمع بينهما ثم تتطهر طهراً ثالثاً للصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة أطهار في اليوم واللييلة وقوم رأوا أن عليها طهراً واحداً في اليوم واللييلة ومن هؤلاء من لم يحدله وقتاً وهو مروي عن عليٍّ ومنهم من رأى أن تتطهر من طهر إلى طهر فيتحصل في المسئلة بالجملة أربعة أقوال، قول أنه ليس عليها إلا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض، وقول أن عليها الطهر لكل صلاة، وقول أن عليها ثلاثة أطهار في اليوم واللييلة، وقول أن عليها طهر واحد في اليوم واللييلة. والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك وذلك أن الوارد في ذلك من الأحاديث المشهورة أربعة أحاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها أما المتفق على صحته فحديث عائشة قالت: جاءت فطمة ابنة أبي حبيش إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: اني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام: لا إنما ذلك عرق وليس بالحیضة فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة وإذا أدبرت فأغسلي عنك الدم وصلي وفي بعض روايات هذا الحديث وتوضئي لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخاري ولا مسلم وخرجها ابوداود وصححها قوم من أهل الحديث والحديث الثاني حديث عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمن بن عوف أنها استحاضت فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا السنده إسحاق عن الزهري وأما سائر أصحاب الزهري فأنما رووا عنه أنها استحيضت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها غسل واحد أو تغتسل للفجر وتوضأ فيما بين ذلك خرجها ابوداود وصححه ابو محمد بن حزم. وأما الرابع فحديث حمزة ابنة جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين أن تصلي الصلوات بطهر واحد عندما ترى أنه قد انقطع دم الحيض وبين أن تغتسل في اليوم واللييلة ثلاث مرات على حديث أسماء بنت عميس إلا أن هنالك ظاهراً

على الوجوب وهنا على التخيير فلم اختلفت ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء في تأويلها
أربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء والفرق
بين الجمع والبناء ان الباني ليس يرى ان هنالك تعارضاً فيجمع بين الحديثين وأما الجامع
فهو يرى ان هنالك تعارضاً في الظاهر فتأمل هذا فإنه فرق بين أمان مذهب
الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتفاق على صحته عمل على ظاهره أعني
من أنه لم يأمرها صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة ولا ان تجمع بين الصلوات
بغسل واحد ولا بشئ من تلك المذاهب والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي
وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو
الامر بالوضوء لكل صلاة أوجب ذلك عليها ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك
عليها وأمان مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة
الذي من رواه ابن اسحاق تعارض أصلاً وان الذي في حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على
ما في حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض
يمنع الصلاة أم لا فأخبرها عليه الصلاة والسلام انها ليست بحیضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه
بوجوب الظهر أصلاً لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفي حديث أم حبيبة أمرها
بشئ واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن للجمهور أن يقولوا ان تأخير البيان عن وقت
الحاجة لا يجوز فلو كان واجباً عليها التطهر لكل صلاة لأخبرها بذلك وبيعد أن يدعى مدع
انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض وأما تركه عليه
الصلاة والسلام إعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فضمن في قوله انها
ليست بالحيضة لانه كان معلوماً من سنته عليه الصلاة والسلام ان انقطاع الحيض يوجب
الغسل فاذا انما لم يخبرها بذلك لانها كانت عالمة به وليس الامر كذلك في وجوب الطهر لكل
صلاة الا أن يدعى مدع ان هذه الزيادة لم تكن قبل ثبوتها ونثبت بعد فیتطرق الى ذلك المسئلة
المشهوره هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى في بعض طرق حديث فاطمة أمره عليه الصلاة
والسلام لها بالغسل . فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء . وأمان مذهب
مذهب النسخ فقال ان حديث أسماء بنت عميس ناسخ لحديث أم حبيبة واستدل على ذلك
بما روى عن عائشة ان سملة ابنة سهيل استحيضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يأمرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهد اذ كان أمرها أن تجمع بين الظهر والعصر في غسل
واحد والمغرب والعشاء في غسل واحد وتغتسل ثالثاً للصبح . وأما الذين ذهبوا مذهب الجمع

فقالوا ان حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التي تعرف أيام الحيض من أيام الاستحاضة وحديث أم حبيبة محمول على التي لا تعرف ذلك فأمرت بالطهر في كل وقت احتياطاً للصلاة وذلك ان هذه اذا قامت الى الصلاة يحتمل أن تكون طهرت فيجب عليها أن تغتسل لكل صلاة . وأما حديث أسماء ابنة عميس فمحمول على التي لا يتميز لها أيام الحيض من أيام الاستحاضة الا انه قد ينتقع عنها في أوقات فهذه اذا انتقع عنها الدم وجب عليها أن تغتسل وتصلى بذلك الغسل صلاتين . وحنافى ذهبوا مذهب التخيير بين حديثي أم حبيبة وأسماء واحتجوا لذلك بحديث حمزة بنت جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء ، منهم من قال ان المخيرة هي التي لا تعرف أيام حيضتها ، ومنهم من قال بل هي المستحاضة على الاطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا هو قول خامس في المسئلة الا ان الذي في حديث حمزة ابنة جحش انما هو التخيير بين أن تصلى الصلوات كلها بطهر واحد وبين أن تتطهر في اليوم والليلة ثلاث مرات . وأما من ذهب الى أن الواجب أن تتطهر في كل يوم مرة واحدة فلعله انما أوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست أعلم في ذلك أثراً .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال قوم يجوز وطؤها وهو الذي عليه فقهاء الامصار وهو مروي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز وطؤها وهو مروي عن عائشة وبه قال النخعي والحكم وقال قوم لا يأتيها زوجها الا أن يطول ذلك بها وهذا القول قال أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هي رخصة لمكان تأكيده وجوب الصلاة أم انما أيسحت لها الصلاة لان حكمها حكم الطاهر فمن رأى ان ذلك رخصة لم يجز لزوجها أن يطأها ومن رأى ان ذلك لان حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهي بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفریق بين الطول ولا طول فاستحسان .

﴿ كتاب التيمم ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة بدل منها ، الثاني في معرفة من تجوز له هذه الطهارة ، الثالث في معرفة شروط جواز هذه الطهارة ، الرابع في صفة هذه الطهارة ، الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة ، السادس في نواقض هذه الطهارة ، السابع في الاشياء التي هذه الطهارة شرط في صحتها أو في استباحتها .

﴿ الباب الاول ﴾

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى واختلفوا في الكبرى فروى عن عمرو بن مسعود أنهما كانا لا يريانها بدلا من الكبرى وكان على وغيره من الصحابة يرون أن التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قول عامة الفقهاء . والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في آية التيمم وأنه لم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب أما الاحتمال الوارد في الآية فلأن قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) يحتمل أن يعود الضمير الذي فيه على الحدث حدثا أصغر فقط ويحتمل أن يعود عليهم معا لكون من كانت الملامسة عنده في الآية الجماع فلا ظهر أنه عائد عليهم معا ومن كانت الملامسة عنده هي للمس باليد أعنى في قوله (تعالى أولا مستم النساء) فلا ظهر أنه إنما يعود الضمير عنده على الحدث حدثا أصغر فقط إذ كانت الضمائر إنما يحمل أبداً عودها على أقرب مذكور إلا أن يقدر في الآية تقديم وتأخير حتى يكون تقديرها هكذا يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين وإن كنتم جنباً فاطهروا وإن كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ومثل هذا ليس ينبغي أن يصار إليه إلا بدليل فإن التقديم والتأخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز وقد يظن أن الآية شيئا يقتضى تقديم وتأخيراً وهو أن حملها على ترتيبها يوجب أن المرض والسفر حدثان لكن هذا لا يحتاج إليه إذا قدرت أوهاهنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر

وكان سيان ألا يسرحوا نعمة * أو يسرحوه بها واغبرت السرح

فإنه إنما يقل سيان زيد وعمر وهذا هو أحد الأسباب التي أوجبت الخلاف في هذه المسألة وأما ارتباطهم في الآثار التي وردت في هذا المعنى فبين مما أخرجه البخارى ومسلم أن رجلاً أتى عمر رضي الله عنه فقال أجنب فلم أجده الماء فقال لا تصل فقال عمار أما تذكر يا أمير المؤمنين إذا أنا وأنت في سرية فاجنبنا فلم نجد الماء فأما أنت فلم تصل وأما أنا فتمسكت في التراب فصليت فقال النبي صلى الله عليه وسلم إنما كان يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله يا عمار فقال إن شئت لم أحدث به وفي بعض الروايات أنه قال له عمر نوليك ما نوليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالساً مع عبد الله بن مسعود وأبي موسى فقال أبو موسى يا أبا عبد الرحمن أرايت لو

أن رجلاً أجيب فلم يجد الماء شهراً كيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لأبي موسى لا يتيمم وإن لم يجد الماء شهراً فقال أبو موسى فكيف بهذه الآية في سورة المائدة (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً) فقال عبد الله لو رخص لهم في هذه الآية لأوشك إذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد فقال أبو موسى لعبد الله ألم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور رأوا أن ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين خرجهما البخاري وإن نسيان عمر ليس مؤثراً في وجوب العمل بحديث عمار وأيضاً فإنهم استدلووا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً وأما حديث عمران بن الحصين فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً معترلاً لم يصل مع القوم فقال: يا فلان أما يكفيك أن تصلي مع القوم فقال يا رسول الله أصابتنى جنابة ولا ماء فقال عليه الصلاة والسلام: عليك بالصعيد فإنه يكفيك ولموضع هذا الاحتمال اختلفوا هل لمن ليس عنده ماء أن يطأ أهله أم لا يطؤها أعنى من يجوز للجنب التيمم .

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما من يجوز له هذه الطهارة فأجمع العلماء أنهم يجوزون لثنين للمرء يضرب ولله مسافر إذا عدا الماء واختلقوا في أربع في المريض يجد الماء ويخاف من استعماله وفي الحاضر بعدم الماء وفي الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول إليه خوف وفي الذي يخاف من استعماله من شدة البرد . فأما المريض الذي يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له وكذلك الصحيح الذي يخاف الهلاك أو المرض الشديد من برد الماء وكذلك الذي يخاف من الخروج إلى الماء إلا أن معظمهم أوجب عليه الإعادة إذا وجد الماء . وقال عطاء لا يتيمم المريض ولا غير المريض إذا وجد الماء . وأما الحاضر الصحيح الذي يعدم الماء فذهب مالك والشافعي إلى جواز التيمم له وقال أبو حنيفة لا يجوز التيمم للحاضر الصحيح وإن عدا الماء . وسبب اختلافهم في هذه المسائل الأربع التي هي قواعد هذا الباب . أما في المريض الذي يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل في الآية محذوف متدر في قوله تعالى (وإن كنتم مرضى أو على سفر) فمن رأى أن في الآية حذفاً وإن تقدير الكلام وإن كنتم مرضى لا تقدرون على استعمال الماء وإن الضمير في قوله تعالى فلم تجدوا ماء إنما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمريض الذي يخاف من استعمال الماء ومن رأى أن الضمير في لم تجدوا ماء يعود على

المرضى والمسافر معاً وأنه ليس في الآية حذف لم يجز للمريض إذا وجد الماء التيمم . وأما سبب اختلافهم في الحاضر الذي يعدم الماء فاحتمال الضمير الذي في قوله تعالى فلم يجدوا ماء أن يعود على أصناف الحديثين أعني الحاضرين والمسافرين أو على المسافرين فقط فمن رآه عائداً على جميع أصناف الحديثين أجاز التيمم للحاضرين ومن رآه عائداً على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذي يعدم الماء . وأما سبب اختلافهم في الخائف من الخروج إلى الماء فاختلافهم في قياسه على من يعدم الماء وكذلك اختلافهم في الصحيح بخلاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم في قياسه على المريض الذي يخاف من استعمال الماء وقد رجح مذهبهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر في المجرع الذي اغتسل فمات فأجاز عليه الصلاة والسلام المسح له وقال : قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضاً قياس الصحيح الذي يخاف من برد الماء على المريض بما روى أيضاً في ذلك عن عمرو ابن العاص أنه أجنب في ليلة باردة فتيمم وتلى قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً) فذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فلم يعنف .

﴿ الباث الثالث ﴾

وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل قواعد، أحداها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا، والثانية هل الطلب شرط في جواز التيمم عند عدم الماء أم لا، والثالثة هل دخول الوقت شرط في جواز التيمم أم لا .

﴿ أما المسئلة الأولى ﴾ فالجمهور على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذ زفر فقال إن النية ليست بشرط فيها وأنهم لا يحتاج إلى نية وقد روى ذلك أيضاً عن الأوزاعي والحسن بن حي وهو ضعيف .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فن مالكا رضي الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعي ولم يشترطه أبو حنيفة . وسبب اختلافهم في هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء إلا إذا طلب الماء فلم يجده . لكن الحق في هذا أن يعتد أن المتيقن لعدم الماء إما بطلب متقدم وأما بغير ذلك فهو عادم للماء وأما الظان فليس بعادم للماء ولذلك يضعف القول بتكرار الطلب الذي في المذهب في المكان الواحد بعينه ويتوى اشتراطه ابتداء إذا لم يكن هنالك علم قطعي بعدم الماء .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشتراطه وهو مذهب

الشافعي ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضي أن لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم في هذا حكم الصلاة أتمنى أنه كما ان الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا أن الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقى التيمم على أصله أم ليس يقتضي هذا ظاهر مفهوم الآية وان تدبر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أي اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضاً فإنه لو لم يكن هنالك محذوف لما كان فهم من ذلك الا إيجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لأنه لا يحزى ان وقع قبل الوقت الا أن يقاس على الصلاة فلذلك الأولى أن يقال في هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء أشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعني من يشترط في صحته دخول الوقت ويجعله من العبادة المؤقتة فان التوقيت في العبادة لا يكون الا بدليل سمعي وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة مؤقتة لكن من باب انه ليس ينطلق اسم الغير واجد للماء الا عند دخول وقت الصلاة لأنه ما لم يدخل وقتها لم يكن ان يطراً هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل في أول الوقت أو في وسطه أو في آخره لكن هاهنا مواضع يعلم قطعاً ان الانسان ليس بطارى على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطارى عليه وأيضاً فان قدرنا طرو الماء فليس يجب عليه الا تنقض التيمم فقط لا يمنع صحته وتندبر الطر وهو ممكن في الوقت وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه في الوقت أعني انه قبل الوقت يمنع انه عماد التيمم وبعد دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغي ان يصار اليه الا بدليل سمعي ويلزم على هذا ألا يجوز التيمم الا في آخر الوقت فتأمل .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الفقهاء في حد الايدي التي أمر الله بمسحها في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه على أربعة أقوال ، القول الاول ان الحد الواجب في ذلك هو الحد الواجب بعينه في الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء

الامصار، والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال أهل الظاهر وأهل الحديث والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروي عن مالك، والقول الرابع ان الفرض الى المناكب وهو ما ذروى عن الزهرى ومحمد بن مسلمة . والسبب في اختلافهم اشتراك اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو أظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد . والسبب الثاني اختلاف الآثار في ذاك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة : انما يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وورد في بعض طرقه انه قال له عليه الصلاة والسلام : وان تمسح بيدك الى المرفقين وروى أيضا عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وروى أيضا من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد التيمم لها أعني من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذي هو فيه أظهر الى الكف والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في أحدهما أظهر منه في الثاني فقد أخطأ فان اليد وان كانت إسما مشتركا فهي في الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذي وضع من أول أمره مشترك كما في هذا قال الفقهاء إنه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما تقول إن الصواب هو أن يعتد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلو أن يكون في الكف أظهر منه في سائر الأجزاء أو يكون دلالة على سائر أجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان أظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الأخذ بالظاهر وان لم يكن أظهر فيجب المصير الى الأخذ بالثابت فأما أن يغلب القياس داهنا على الأثر فلا معنى له ولا أن ترجح به أيضا أحاديث لم تثبت بعد فلتول في هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأمله وأما من ذهب الى الآباط فانما ذهب الى ذلك لأنه قد روى في بعض طرق حديث عمار أنه قال : تيمم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فسحبه بوجوهنا وأيدينا الى المناكب ومن ذهب الى أن يحمل تلك الأحاديث على النذب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع أولى من الترجيح عند أهل الكلام الفقهى الا أن هذا إنما ينبغي أن يصار اليه إن صححت تلك الأحاديث .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد للتيمم، فمنهم من قال

واحدة، ومنهم من قال اثنتين والذين قالوا اثنتين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور وإذا قلت الجمهور فالقمتها الثلاثة معدودون فيهم أعني مالكا والشافعي وأبو حنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما أعني لليد ضربتان وللوجه ضربتان . والسبب في اختلافهم أن الآية مجملة في ذلك والأحاديث متعارضة وقياس التيمم على الوضوء في جميع أحواله غير متفق عليه والذي في حديث عمار الثابت من ذلك إنما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معاً لكن هاهنا أحاديث فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الأحاديث لما كان قياس التيمم على الوضوء .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة وغيرهما في وجوب توصيل التراب إلى أعضاء التيمم فلم يرد ذلك أبو حنيفة واجباً ولا مالك ورأى ذلك الشافعي واجباً وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف من في قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وذلك أن منه قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز الجنس فن ذهب إلى أنها هاهنا للتبعيض أوجب قتل التراب إلى أعضاء التيمم ومن رأى أنها لتمييز الجنس قال ليس النقل واجباً والشافعي إنما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم تنفخ فيها وتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخائط وينبغي أن تعلم أن الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم وجوب القور فيه هو بعينه اختلافهم في ذلك في الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هي أسبابه هنا فلا معنى لأعادته .

﴿ الباب الخامس ﴾

فما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك أنهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب . واختلفوا في جواز فعلها بما عدى التراب من أجزاء الأرض المتولدة عنها كالخجارة فذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز التيمم إلا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الأرض من أجزاءها في المشهور عنه الحصا والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد من الأرض من الحجارة مثل النورة والزرنينخ والحصا والطين والرخام ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الأرض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغير الثوب واللبد . والسبب في اختلافهم شيان، أحدهما اشتراك اسم الصعيد في لسان العرب فإنه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق على جميع أجزاء الأرض الظاهرة حتى إن مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعني الصعيد أن

يُحْزَرُ فِي إِحْدَى الرِّوَايَاتِ عَنْهُمْ التَّيَمُّ عَلَى الْحَشِيشِ وَعَلَى الثَّلَجِ قَالُوا لِأَنَّهُ يُسَمَّى صَعِيداً فِي أَصْلِ التَّسْمِيَةِ أَعْنَى مِنْ جِهَةِ صَعُودِهِ عَلَى الْأَرْضِ وَهَذَا ضَعِيفٌ . وَالسَّبَبُ الثَّانِي إِطْلَاقُ اسْمِ الْأَرْضِ فِي جَوَازِ التَّيَمُّ بِهَا فِي بَعْضِ رَوَايَاتِ الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ وَتَقْيِيدُهَا بِالتَّرَابِ فِي بَعْضِهَا وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: جَعَلْتُ لِي الْأَرْضَ مَسْجِداً وَطَهوراً أَقَانُ فِي بَعْضِ رَوَايَاتِهِ جَعَلْتُ لِي الْأَرْضَ مَسْجِداً وَطَهوراً وَفِي بَعْضِهَا جَعَلْتُ لِي الْأَرْضَ مَسْجِداً وَجَعَلْتُ لِي تَرَبَّهَا طَهوراً وَقَدْ اخْتَلَفَ أَهْلُ الْكَلَامِ الْفَقْهِيُّ هَلْ يَقْضَى بِالْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُتَيَمِّدِ أَوْ بِالْمَقْيَدِ عَلَى الطَّلُوقِ وَالْمَشْهُورُ عَنْهُمْ أَنَّ يَقْضَى بِالْمَقْيَدِ عَلَى الْمَطْلُوقِ وَفِيهِ نَظَرٌ وَمَذْهَبُ أَبِي مُحَمَّدٍ بِنِ حَزْمٍ أَنَّ يَقْضَى بِالْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُقْيَدِ لِأَنَّ الْمَطْلُوقَ فِيهِ زِيَادَةٌ مَعْنَى فَنَ كَانَ رَأْيُهُ الْقَضَاءُ بِالْمَقْيَدِ عَلَى الْمَطْلُوقِ وَحَمَلَ اسْمَ الصَّعِيدِ الطَّيِّبِ عَلَى التَّرَابِ لَمْ يَحْزَرِ التَّيَمُّ إِلَّا بِالتَّرَابِ وَمَنْ قَضَى بِالْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُقْيَدِ وَحَمَلَ اسْمَ الصَّعِيدِ عَلَى كُلِّ مَا عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ مِنْ أَجْزَائِهَا أَجَازَ التَّيَمُّ بِالرَّمْلِ وَالْحَصَى وَأَمَّا إِجَازَةُ التَّيَمُّ بِمَا يَتَوَلَدُ مِنْهَا فَضَعِيفٌ إِذَا كَانَ لَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الصَّعِيدِ فَإِنَّ أَعْمَ دَلَالَةِ اسْمِ الصَّعِيدِ أَنْ يَدُلَّ عَلَى مَا تَدُلُّ عَلَيْهِ الْأَرْضُ لَا أَنْ يَدُلَّ عَلَى الزَّرْبِخِ وَالنُّورَةِ وَلَا عَلَى الثَّلَجِ وَالْحَشِيشِ وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ لِلصَّوَابِ . وَالِاشْتِرَاكُ الَّذِي فِي اسْمِ الطَّيِّبِ أَيْضاً مِنْ أَحَدِ دَوَاعِي الْخِلَافِ .

﴿الباب السادس﴾

وَأَمَّا نَوَاقِضُ هَذِهِ الطَّهَارَةِ فَانْهَمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ يَنْقُضُهَا مَا يَنْقُضُ الْأَصْلَ الَّذِي هُوَ الْوُضُوءُ وَالطَّهْرُ وَاخْتَلَفُوا مِنْ ذَلِكَ فِي مَسْئَلَتَيْنِ، إِحْدَاهُمَا هَلْ يَنْقُضُهَا إِرَادَةُ صَلَاةٍ أُخْرَى مَفْرُوضَةٌ غَيْرُ الْمَفْرُوضَةِ الَّتِي تَيَمَّمُ لَهَا وَالْمَسْئَلَةُ الثَّانِيَةُ هَلْ يَنْقُضُهَا وَجُودُ الْمَاءِ أَمْ لَا .

﴿أَمَّا الْمَسْئَلَةُ الْأُولَى﴾ فَمَذْهَبُ مَالِكٍ فِيهَا إِلَى أَنَّ إِرَادَةَ الصَّلَاةِ الثَّانِيَةِ تَنْقُضُ طَهَارَةَ الْأُولَى وَمَذْهَبُ غَيْرِهِ خِلَافُ ذَلِكَ وَأَصْلُ هَذَا الْخِلَافِ يَدُورُ عَلَى شَيْئَيْنِ، أَحَدُهُمَا هَلْ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ) مَحْذُوفٌ مَقْدَرٌ أَعْنَى إِذَا قُمْتُمْ مِنَ النَّوْمِ أَوْ قُمْتُمْ مُحَدَّثِينَ أَمْ لَيْسَ هُنَاكَ مَحْذُوفٌ أَصْلًا فَنَرَأَى أَنَّ لَا مَحْذُوفَ هُنَاكَ قَالَ ظَاهِرُ الْآيَةِ وَجُوبُ الْوُضُوءِ أَوَّلَ التَّيَمُّ عِنْدَ الْقِيَامِ لِكُلِّ صَلَاةٍ لَكِنْ خَصَّصَتِ السُّنَّةُ مِنْ ذَلِكَ الْوُضُوءَ بَقِيَّةِ التَّيَمُّ عَلَى أَصْلِهِ لَكِنْ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَحْتَجَّ بِهَذَا الْمَالِكُ فَإِنَّ مَالِكًا يَرَى أَنَّ فِي الْآيَةِ مَحْذُوفًا عَلَى مَا رَوَاهُ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمٍ فِي مَوْطِئِهِ . وَأَمَّا السَّبَبُ الثَّانِي فَهُوَ تَكَرُّرُ الطَّلَبِ عِنْدَ دُخُولِ وَقْتِ كُلِّ صَلَاةٍ وَهَذَا هُوَ الْأَصُولُ مَالِكٌ أَعْنَى أَنْ يَحْتَجَّ لَهُ بِهَذَا وَقَدْ تَقَدَّمَ الْقَوْلُ فِي هَذِهِ الْمَسْئَلَةِ وَمِنْ

لم يتكرر عنده الطلب وقدر في الآية محذوفاً لم إرادة الصلاة الثانية مما ينتقض التيمم .
﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الجمهور ذهبوا إلى أن وجود الماء ينقضها وذهب قوم إلى أن
الناقض لها هو الحدث وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التي
كانت بالتراب أو يرفع ابتداء الطهارة به فن رأى أنه يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضها
الا الحدث ومن رأى أنه يرفع استصحاب الطهارة قال أنه ينقضها فان حد الناقض
هو الرفع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه
الصلاة والسلام: جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً ما لم يجد الماء والحديث محتمل
فانه يمكن أن يقال إن قوله عليه الصلاة والسلام: ما لم يجد الماء يمكن أن يفهم منه فإذا وجد الماء
انقطعت هذه الطهارة وارتفعت ويمكن أن يفهم منه فإذا وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة
والأقوى في عضد الجمهور هو حديث أبي سعيد الخدري وفيه أنه عليه الصلاة
والسلام قال: فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك فنالأمر محمول عند جمهور المتكلمين على
القور وان كان أيضاً قد يتطرق إليه الاحتمال المتقدم قأمل هذا . وقد حمل الشافعي تسليمه
ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة أن قال إن التيمم ليس رافعاً للحدث أي ليس مفيداً
للتيمم الطهارة الراجعة للحدث وإنما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له
فان الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا إن التيمم لا يرفع
الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه الا الحدث . والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء في حتها هو
حدث خاص بها على القول بأن الماء ينقضها . واتفق القائلون بأن وجود الماء ينقضها على
أنه ينقضها قبل الشروع في الصلاة وبعد الصلاة . واختلقوا هل ينقضها طوره في الصلاة
فذهب مالك والشافعي وداود إلى أنه لا ينقض الطهارة في الصلاة وذهب أبو حنيفة وأحمد
وغيرهما إلى أنه ينقض الطهارة في الصلاة وهم أحفظ للأصل لأنه أمر غير مناسب
للمشروع أن يوجد شيء واحد لا ينقض الطهارة في الصلاة وينقضها في غير الصلاة وبمثل
هذا شنعوا على مذهب أبي حنيفة فيما يراه من أن الضحك في الصلاة ينقض الوضوء مع أنه
مستند في ذلك إلى الأثر قأمل هذه المسئلة فانهما بينة ولا حجة في الظواهر التي يرام الاحتجاج
بها لهذا المذهب من قوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) فان هذا لم يطل الصلاة بإرادته وإنما
أبطلها طوره والماء كما لو أحدث .

﴿ الباب السابع ﴾

واتفق الجمهور على أن الأفعال التي هذه الطهارة شرط في صحتها هي الأفعال التي الوضوء شرط في صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك . واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فقط فمشهور مذهب مالك أنه لا يستباح بها صلاتان مفروضة أبداً . واختلف قوله في الصلاتين المتقضيتين والمشهور عنه أنه إذا كانت إحدى الصلاتين فرضاً والأخرى نافلة فإنه إن قدم الفرض جمع بينهما وإن قدم النفل لم يجمع بينهما . وذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمة واحدة . وأصل هذا الخلاف هل هو التيمم يجب لكل صلاة أم لا إمام من قبل ظاهر الآية كما تقدم وإمام من قبل وجوب تكرار الطلب وإما من كليهما .

﴿ كتاب الطهارة من النجس ﴾

والقول المحيطة بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر في ستة أبواب ، الباب الأول في معرفة حكم هذه الطهارة أعني في الوجوب أو في الندب إمام مطلقاً وإمام من جهة أنها مشترطة في الصلاة ، الباب الثاني في معرفة أنواع النجاسات ، الباب الثالث في معرفة المحال التي يجب إزالتها عنها ، الباب الرابع في معرفة الشيء الذي به يزال ، الباب الخامس في صفة إزالتها في محل محل ، الباب السادس في آداب الأحداث .

﴿ الباب الأول ﴾

والأصل في هذا الباب إمام الكتاب فقوله تعالى (وثيابك فطهر) وأمام السنة فأثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه الصلاة والسلام : من توضأ فليستثر ومن استجمر فليوتر ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب وأمره بمسح ذنوب من ماء على بول الأعرابي وقوله عليه الصلاة والسلام في صاحب القبر : إنهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتره من البول . واتفق العلماء على أن إزالة النجاسة مأمور بها في الشرع . واختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب المذكور وهو الذي يعبر عنه بالسنة فقال قوم إن إزالة النجاسات واجبة . وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال قوم إزالتها سنة مؤكدة وليست بفرض وقال قوم هي فرض مع الذكركر ساقطة مع النسيان وكلا هذين

القولين عن مالك وأصحابه . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة راجع الى ثلاثة أشياء ، أحدها اختلافهم في قوله تبارك وتعالى (وثيابك فطهر) هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجاز ، والسبب الثاني تعارض ظواهر الآثار في وجوب ذلك ، والسبب الثالث اختلافهم في الامر والنهي الوارد لعل معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الامر أو النهي قرينة تنقل الامر من الوجوب الى التنبه والنهي من الخطر الى الكراهة أم ليست قرينة وأنه لا فرق في ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار من صار الى الفرق في ذلك لان الاحكام المعقولة المعاني في الشرع أكثرها هي من باب محاسن الاخلاق أو من باب المصالح وهذه في الاكثر هي مندوب البها فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم يبرفها حجة . وأما الآثار المتعارضة في ذلك فمنها حديث صاحب القبر المشهور وقوله فيها صلى الله عليه وسلم : انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتره من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضي الوجوب لأن العذاب لا يتعلق الا بالواجب . وأما المعارض لذلك فتأثرت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رمى عليه وهو في الصلاة سلا جزور بالدم والقرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا أنه لو كانت ازالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ، ومنها ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه فعلمهم قأنكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال : انما خلعتها لان جبريل أخبرني أن فيها قدراً فظاهر هذا أنه لو كانت واجبة لما أتى على ما مضى من الصلاة فمن ذهب في هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال إما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب أو بالنسبة ان رجح ظاهر حديث التنبه أعني الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتهما من باب التنبه المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع فمنهم من قال هي فرض مع الذكروا القدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هي فرض مطلقة وليست من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسئلة وهو ضعيف لان النجاسة انما زال في الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولة أعنى أنه جعل الغير معقولة آكد في باب الوجوب فرق بين الامر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الامر الوارد في الطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقتصرنا بذلك من صلاتهم في النعال مع أنها لا تنفك من ان يوطأ بها النجاسات غالباً وما أجمعوا عليه من العفو عن اليسير في بعض النجاسات .

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما أنواع النجاسات فإن العلماء اتفقوا من أعيانها على أربعة، ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى، وعلى لحم الخنزير بأى سبب اتفق أن تذهب حيانه، وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى اتفصل من الحى أو الميت إذا كان مسفوحاً أعنى كثيراً، وعلى بول ابن آدم ورجيعه وأكثرهم على نجاسة الخمر وفى ذلك خلاف عن بعض المحدثين واختلفوا فى غير ذلك والتواعد من ذلك سبع مسائل .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلفوا فى ميتة الحيوان الذى لادم له وفى ميتة الحيوان البحرى فذهب قوم الى أن ميتة مالا لادم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك وأصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم التى لادم لها فى النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعى الا ما وقع الاتفاق على أنه ليس بميتة مثل دود الخلل وما يتولد فى المطعومات وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة مالا لادم له وهو مذهب أبى حنيفة وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وذلك انهم فيما أحسب اتفقوا أنه من باب العام أرى به الخاص . واختلفوا أى خاص أرى به فذهب من استثنى من ذلك ميتة البحر ومالا لادم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة مالا لادم له فقط . وسبب اختلافهم فى هذه المستثنات هو سبب اختلافهم فى الدليل المخصوص . أما من استثنى من ذلك . لادم له فحججه مفهوم الأثر الثالث عنه عليه الصلاة والسلام من أمره بتقل الذباب اذا وقع فى الطعام قالوا فذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذى دم . وأما الشافعى فعنده ان هذا خاص بالذباب لقوله عليه الصلاة والسلام: فإن فى احدى جناحيه داء وفى الاخرى دواء وهن الشافعى هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من أنواع المحرمات، أحدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الأكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما مفترق فكيف يجوز أن يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قوى كما ترى فانه لو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمة عن الحيوان بانذكاته وتبقى حرمة الدم الذى لم يفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سبباً ومثلاً ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب

وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد ان الاسكار هو سبب التحريم . وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الأثر الثابت في ذلك من حديث جابر وفيه انهم أكلوا من الحوت الذي رماه البحر أياما ونزودوا منه وانهم اخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقي منه شيء وهو دليل على انه لم يجوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم . واحتجوا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام : هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وأما أبو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الأثر إماما لان الآية مقطوع بها والأثر مظهر وإماما لانه رأى ان ذلك رخصة لهم أعني حديث جابر أولانه احتمل عنده أن يكون الحوت مات بسبب وهو رمى البحر به الى الساحل لان الميتة هو مات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولا اختلافهم في هذا أيضا سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير في قوله تعالى (وطعامه مما عاكلم وللسيارة) أعني ان يعود على البحر أو على الصيد نفسه من أعاده على البحر قال طعامه هو الطافي ومن أعاده على الصيد قال هو الذي أحل فقط من صيد البحر مع أن الكوفيين أيضا تمسكوا في ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وكما اختلفوا في أنواع الميتات كذلك اختلفوا في أجزاء ما اتفقوا عليه وذلك انهم اتفقوا على ان اللحم من أجزاء الميتة ميتة واختلفوا في العظام والشعر فذهب الشافعي الى أن العظم والشعر ميتة وذهب أبو حنيفة الى انها ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة . وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من أفعال الأعضاء فمن رأى ان النمو والتغذية هي من أفعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النمو والتغذية فهي ميتة ومن رأى انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال ان الشعر والعظام ليست بميتة لانهما لا حس لهما ومن فرق بينهما أوجب للعظام الحس ولم يوجب للشعر وفي حس العظام اختلاف والامر مختلف فيه بين الاطباء ومما يدل على أن التغذية والنمو ليساهما الحياة التي يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على أن ما قطع من البهية وهي حية انه ميتة لو ورد ذلك في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ما قطع من البهية وهي حية فهو ميتة واتفقوا على أن الشعر اذا قطع من الخي أنه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذية والنمو لقال في النبات المقطوع انه ميتة وذلك أن النبات فيه التغذية والنمو وللشافعي أن يقول ان التغذية الذي ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذية الموجود في الحساس .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها

مطلقاً دبغت أو لم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو ألا ينتفع بها اصلاً وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين أن تدبغ وأن لا تدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وعن مالك في ذلك روايتان ، احدهما مثل قول الشافعي ، والثانية أن الدباغ لا يطهرها ولكنهما تستعمل في اليابسات والذين ذهبوا الى أن الدباغ مطهر اتفقوا على أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعني المباح الا كل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعي الى أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وأنه بدل منها في افادة الطهارة وذهب أبو حنيفة الى تأثير الدباغ في جميع ميتات الحيوان ما عدى الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير .

وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في حديث ميمونة اباحة الانتفاع بها مطلقاً وذلك ان فيه أنه مرتبة فقال عليه الصلاة والسلام : حلالا انتفعتم بمجدها وفي حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقاً وذلك ان فيه ان رسول الله صلى عليه وسلم كتب : ألا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفي بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت في هذا الباب هو حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : اذا دبغ الاهاب فقد طهر فلم يكن اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تأويلها فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس أعني أنهم فرقوا في الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا أنه يتضمن زيادة على ما في حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة أعني كل طاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى أعني أن كل ما ينتفع به هو طاهر .

المسئلة الرابعة ﴿ اتفق العلماء على أن دم الحيوان البري نجس . واختلفوا في دم الممك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من دم الحيوان غير البحري فقال قوم دم الممك طاهر وهو أحد قول مالك ومذهب الشافعي . وقال قوم هو نجس على أصل الدماء وهو قول مالك في المدونة وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه . وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور . والسبب في اختلافهم في دم الممك هو اختلافهم في ميتته فمن جعل ميتته داخلية تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن أخرج ميتته أخرج دمه قياساً على الميتة وفي ذلك أثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال وأما اختلافهم في كثير الدم وقليله فسيببه اختلافهم في القضاء بالمقيد على المطلق أو بالمطلق على المقيد وذلك أنه ورد تحريم الدم مطلقاً في قوله تعالى

(حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وورد متيداً في قوله تعالى (قل لا أجد فيها أوحى إلى محرماً) إلى قوله (أو دماً مسفوحاً أو لحماً خنزيراً) فمن قضى بالتميد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فتط ومن قضى بالمطلق على التقييد لان فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وأيد هذا بان كل ما هو نجس لعينه فلا يتبعض .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ انفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبي الرضيع . واختلفوا فيما سوا ذلك من الحيوان فذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أنها كلها نجسة وذهب قوم إلى طهارتها بطلاق أعني فضلتى سائر الحيوان البول والرجيع . وقال قوم أبوالها وأرثاها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فأبوالها وأرثاها نجسة محرمة وما كان منها لحومها مأكولة فأبوالها وأرثاها طاهرة ما عدى التي تأكل النجاسة وما كان منها مكرها فأبوالها وأرثاها مكرهة وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك في الأسرار . وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما اختلافهم في مفهوم الاباحة الواردة في الصلاة في مراض الغنم وياحته عليه الصلاة والسلام للعريين شرب أبوال الابل وألبانها وفي مفهوم النهي عن الصلاة في أعطان الابل ، والسيب الثاني اختلافهم في قياس سائر الحيوان في ذلك على الانسان فمن قاس سائر الحيوان على الانسان ورأى أنه من باب قياس الاولى والاحرى ولم يفهم من اباحة الصلاة في مراض الغنم طهارة أرثاها وأبوالها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهي عن الصلاة في أعطان الابل النجاسة وجعل ياحته للعريين أبوال الابل لمكان المداواة على أصله في إجازة ذلك قال كل رضيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة الصلاة في مراض الغنم طهارة أرثاها وأبوالها وكذلك من حديث العريين وجعل النهي عن الصلاة في أعطان الابل عبادة أو لمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الانعام ان فضلتى الانسان مستندرة بالطبع وفضلتي بهيمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم . ومن قاس على بهيمة الانعام غيرها جعل الفضلات كلها ما عدا فضلتى الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ولولا انه لا يجوز إحداث قول لم يتقدم اليه أحد في المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقل انما ينتق منها ويستقدر بخلاف ما لا ينتق ولا يستقدر وبخاصة ما كان منها رأتته حسنة لا تفاقم على اباحة العنبر وهو عند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان في البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذي يوجد المسك فيه فيما يذكر .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة أقوال فقوم رأوا قليلاً وكثيراً سواء. ومن قال بهذا قول الشافعي وقوم رأوا أن قليل النجاسات معفو عنه وحدوده بقدر الدرهم البغلي. ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال إن كانت النجاسة ربع الثوب فمادونه جازت به الصلاة. وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء إلا الدم على ما تقدم وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض وإيتان والاشهر مساواته لسائر الدماء. وسبب اختلافهم باختلافهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بأن النجاسة هناك باقية فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوه بالدرهم قياساً على قدر المخرج ومن رأى أن تلك رخصة والرخص لا يقاس عليها منع ذلك. وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتفصيل مذهب أبي حنيفة أن النجاسات عنده تنقسم إلى مغلظة ومخففة وإن المغلظة هي التي يعفى منها عن قدر الدرهم والمخففة هي التي يعفى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم هي مثل أرواح الدواب وما لا تنفك منه الطرق غالباً وتقسيمهم إياها إلى مغلظة ومخففة حسن جداً.

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلفوا في المنى هل هو نجس أم لا فذهب طائفة منهم مالك وأبو حنيفة إلى أنه نجس وذهب طائفة إلى أنه طاهر. وهذا قال الشافعي وأحمد وداود. وسبب اختلافهم فيه شيان، أحدهما اضطراب الرواية في حديث عائشة وذلك في أن في بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المنى فيخرج إلى الصلاة وإن فيه لبقع الماء وفي بعضها كنت أفر كم من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها فيصلي فيه خرج هذه الزيادة مسلم، والسبب الثاني تردد المنى بين أن يشبه بالأحداث الخارجة من البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الأحاديث كلها بان حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرق على الطهارة على أصله في أن الفرق لا يطهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لم يرد نجساً ومن رجح حديث الغسل على الفرق وفهم منه النجاسة وكان بالأحداث عنده أشبه منه مما ليس بحدث قال إنه نجس وكذلك أيضاً من اعتقد أن النجاسة تزول بالفرق قال إن الفرق يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب أبي حنيفة وعلى هذا فلا حجة لأؤلئك في قولها فيصلي فيه بل فيه حجة لأبي حنيفة في أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية.

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما المحال التي تزال عنها النجاسات فتلاثة ولا خلاف في ذلك، أحدها الابدان، ثم الثياب، ثم المساجد ومواضع الصلاة وإنما اتفق العلماء على هذا الثلاثة لأنها منطوق بها في الكتاب والسنة. أما الثياب ففي قوله تعالى (وثيابك فطهر) على مذهب من حملها على الحقيقة وفي الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبي الذي بال عليه . وأما المساجد فلا مره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابي الذي بال في المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أمر بغسل المذي من البدن وغسل النجاسات من المخرجين . واختلف الفقهاء هل يغسل الذكرك كله من المذي أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عليّ المشهور وقد سئل عن المذي فقال : يغسل ذكره ويتوضأ . وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الأخذ بأوائل الاسماء أو بأواخرها فمن رأى أنه بأواخرها أعنى بأكثر ما ينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكرك كله ومن رأى الأخذ بأقل ما ينطلق عليه قال إنما يغسل موضع الاذى فقط وقياساً على البول والمذي .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما الشيء الذي به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا أيضاً على أن الحجارة يزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التي يزيلها فذهب قوم إلى أن ما كان طاهراً يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامداً في أي موضع كانت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء إلا في الاستجمار فقط اتفق عليه وبه قال مالك والشافعي . واختلفوا أيضاً في إزالة النجاسة من الاستجمار بالعظم والروت فمنع ذلك قوم وأجاز ودغير ذلك مما ينقي واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم ذو حرمة كالخبز وقد قيل ذلك فيما في استعماله سرف كالذهب والياقوت وقوم قصروا الانقاء على الأحجار فقط وهو مذهب أهل الظاهر وقوم أجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروت وإن كان مكرهاً عندهم وشذ الطبري فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس . وسبب اختلافهم في إزالة النجاسة بما عدى الماء فيما عدى المخرجين هو هل المقصود بإزالة النجاسة بالماء هو اتلاف عينها فقط فيستوى في ذلك مع الماء كل ما يطفئ عينها أم للماء في ذلك مزيد بخصوص ليس لغير الماء فمن لم يظهر عنده للماء مزيد بخصوص قال

بازالهابسائر المائعات والجامدات الطاهرة وأيد هذا المفهوم بالاتفاق على ازالته من
 المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث أم سلمة أنها قالت: انى امرأة أطبل ذبلى وأمشى
 فى المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: يطهره ما بعده وكذلك بالآثار التى
 خرجها أبوداود فى هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام: اذا وطىء أحدكم الاذى بنعليه فان
 التراب له طهور الى غير ذلك مما روى فى هذا المعنى ومن رأى أن للماء فى ذلك مزيد خصوص
 منع ذلك الا فى موضع الرخصة فقط وهو المخرجان ولما طالبت الحنفية الشافعية بذلك
 الخصوص الذى للماء لجثوا فى ذلك الى انها عبادة اذ لم يقدرُوا أن يعطوا فى ذلك سبباً
 معقولاً حتى انهم سلموا ان الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معتول وانما ازالته بمعنى شرعى حكى
 وطال الخطب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة بالماء عبادة أو معنى معتول خلقاً عن سلف
 واضطرت الشافعية الى أن تثبت ان فى الماء قوة شرعية فى رفع أحكام النجاسات ليست
 فى غيره وان استوى مع سائر الاشياء فى ازالة العين وأن المقصود انما هو ازالة ذلك الحكم
 الذى اختص به الماء لا ذهاب عين النجاسة بل قد يذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا
 المقصد وقد كانوا اتفقوا قبل مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعنى شرعية
 ولذلك لم تحتاج الى نية ولوراموا الانفصال عنهم بان يرى أن للماء قوة احالة للنجاس
 والادناس وقاعها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعتمد الناس فى تنظيف الابدان
 والثياب لكان قولاً جيداً أو غير بعيد بل لعلة واجب ان يعتقد أن الشرع اعما اعتد فى كل
 موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التى فى الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا قد قالوا فى
 ذلك قولاً هو داخل فى مذهب الفقه الجارى على المعانى وانما يلجأ الفقيه الى أن يقول عبادة
 اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من امرهم فى أكثر المواضع. وأما اختلافهم
 فى الروث فسببه اختلافهم فى المفهوم من النهى الوارد فى ذلك عنه عليه الصلاة والسلام أعنى
 أمره عليه الصلاة والسلام: أن لا يستنجى بعظم ولا روث فمن دل عنده النهى على الفساد
 لم يحز ذلك ومن لم يرد ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولاً حمل ذلك على الكراهية ولم يعده الى
 ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلا أن الروث نجس عنده.

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما الصفة التى بهاتزول فانفق العلماء على انها غسل ومسح ونضح لور ودذلك فى الشرع
 وثبوتة فى الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع أنواع النجاسات ولجميع محال النجاسات

وأن المسح بالاحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين وفي النعلين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هي على ظاهر حديث أم سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك في ثلاثة مواضع هي أصول هذا الباب ، أحدها في النضح لأي نجاسة هو ، والثاني في المسح لأي محل هو ولأي نجاسة هو بعد أن اتفقوا على ما ذكرناه ، والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح . أما النضح فإن قوما قالوا هذا خاص بإزالة البول الطفل الذي لم يأكل الطعام وقوم فرقوا بين بول الذكرك في ذلك والانثى فقالوا ينضح بول الذكرو يغسل بول الانثى وقوم قالوا الغسل طهارة ما يتيقن بنجاسته والنضح طهارة ما شك فيه وهو مذهب مالك بن أنس رضي الله عنه * وسبب اختلافهم نعارض ظواهر الأحاديث في ذلك أعني اختلافهم في مفهومها وذلك أن هاهنا حديثين ثابتين في النضح ، أحدهما حديث عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام : كان يؤتى بالصبيان فيمك عليهم ويحنكهم فأتى بصبي فبال عليه فدعا بماء فأتبعه بوله ولم يغسله وفي بعض رواياته فنضجه ولم يغسله خرجه البخاري ، والآخر حديث أنس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته قال : فقامت إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضجته بالماء فن الناس فمن صار إلى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستناد من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة في الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح إلا الذي في حديث أنس وهو اثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه . وأما الذي فرق في ذلك بين بول الذكر والانثى فإنه اعتمد على ما رواه أبو داود عن أبي السرح من قوله عليه الصلاة والسلام : يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي وأما من لم يفرق فاعلم أنه قد قاس الانثى على الذكر الذي ورد فيه الحديث الثابت . وأما المسح فإن قوما أجازوه في أي محل كانت النجاسة إذا ذهب عينها على مذهب أبي حنيفة وكذلك الفرق على قياس من يرى أن كل ما زال العين فقد طهر وقوم لم يجزوه إلا في المتنق عليه وهو المخرج وفي ذيل المرأة وفي الخف وذلك من العشب اليابس لا من الذي غير اليابس وهو مذهب مالك وهو لا يعلم بعدوا المسح إلى غير المواضع التي جاءت في الشرع وأما الفرق الآخر فاتهم عدوه * والسبب في اختلافهم في ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة أو حكم فن قال رخصة لم يعمدها إلى غيرها أعني لم يقس عليها ومن قال هو حكم من أحكام إزالة النجاسة كحكم الغسل عداه . وأما اختلافهم في العدد فإن قوما اشتراطوا الاتقاء فقط في الغسل والمسح وقوم اشتراطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشتراطوه في الغسل منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع ومنهم من عداه

إلى سائر النجاسات . أما من لم يشترط العدد لا في غسل ولا في مسح فمنهم مالك وأبو حنيفة وأما من اشترط في الاستجمار العدد أعني ثلاثة أحجار لا أقل من ذلك فمنهم الشافعي وأهل الظاهر . وأما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الأثناء سبعاً من ولوغ الكعب فلشافعي ومن قال بقوله . وأما من عداه واشترط السبع في غسل النجاسات فأغلب ظني أن أحمد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة في إزالة النجاسة الغير محسوسة العين أعني الحكمة * وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ في الأحاديث التي ذكر فيها العدد وذلك أن من كان المفهوم عنده من الأمر بإزالة النجاسة إزالة عينها لم يشترط العدد أصلاً وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار في حديث سلمان الثابت الذي فيه الأمر ألا يستنجي بأقل من ثلاثة أحجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذا الحديث وجعل العدد المشترط في غسل الأثناء من ولوغ الكعب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك . وأما من صار إلى ظواهر هذه الآثار واستثناها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه المحال التي ورد العدد فيها . وأما من رجح الظاهر على المفهوم فإنه عدّى ذلك إلى سائر النجاسات . وأما حجة أبي حنيفة في الثلاثة فتقوله عليه الصلاة والسلام : إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثاً قبل أن يدخلها في أناه .

﴿ الباب السادس ﴾

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فأكثرها محمولة عند الفقهاء على الندب وهي معلومة من السنة كالذهب إذا أراد الحاجة وترك الكلام عليهم والنهي عن الاستنجاء باليمين والأيمن ذكره بيمينه وغير ذلك مما ورد في الآثار وإنما اختلفوا من ذلك في مسألة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها فإن العلماء فيم الثلاثة أقوال ، قول أنه لا يجوز أن تستقبل القبلة للغائط ولا بول أصلاً ولا في موضع من المواضع ، وقول أن ذلك يجوز باطلاق ، وقول أنه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المباني والمدن * والسبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان ، أحدهما حديث أبي أيوب الأنصاري أنه قال عليه الصلاة والسلام : إذا أتيت الغائط فلا تستقبل القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا ، والحديث الثاني حديث عبد الله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهر بيت أختي حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعداً الحاجة على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة

فذهب الناس في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الجمع ، والثاني مذهب الترجيح والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية اذا وقع التعارض وأعني بالبراءة الاصلية عدم الحكم فنذهب مذهب الجمع حمل حديث أبي أيوب الانصارى على الصحارى وحيث لاسترة وحمل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب مالك ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث أبي أيوب لانه اذا تعارض حديثان ، أحدهما فيه شرع موضوع ، والآخر موافق للاصل الذى هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منهما من المتأخر وجب ان يصار الى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذى ورد أيضاً من طريق العدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن أن يكون بعده فلم يجز ان نترك شرعاً وجب العمل به بظن لم نؤمن ان نوجب النسخ به الا لو نقل انه كان بعده فان الظنون التى تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع أعني التى توجب رفعها أو إيجابها وليست هى أى ظن اتفق ولذلك ما يقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المتقطع به الذى أوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التى قلناها هى طريقة أبي محمد بن حزم الاندلسى وهى طريقة جيدة مبنية على أصول أهل الكلام الفقهى وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعى . وأما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبنى على ان الشك يسقط الحكم ويرفعه وانه كلاحكم وهو مذهب داود الظاهرى ولكن خالفه أبو محمد بن حزم فى هذا الاصل مع أنه من أصحابه (قال القاضى) فهذا هو الذى رأينا ان ثبتته فى هذا الكتاب من المسائل التى ظننا انها مجرى مجرى الاصول وهى التى نطق بها فى الشرع أكثر ذلك أعني ان أكثرها يتعلق بالمنطوق به إما متعلقاً قريباً أو قريباً من القريب وان نذكر بالشئ من هذا الجنس ما ثبتناه فى هذا الباب وأكثر ما عولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى أربابها هو كتاب الاستدكار وأنا قد أبحث لمن وقع من ذلك على وهم لي ان يصلحه والله المعين والموفق .

﴿ كتاب الصلاة ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً . الصلاة تنقسم أولاً بالجملة الى فرض ونadb . والقول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر بالجملة فى أربعة أجناس أعني أربع جملة ، الجملة الاولى فى معرفه الوجوب وما يتعلق به ، والجملة الثانية فى معرفة شروطها الثلاث أعني شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال ،

الجملة الثالثة في معرفة ما تشتمل عليه من أفعال وأقوال وهي الأركان، الجملة الرابعة في قضائها ومعرفة اصلاح ما يقع فيها من الخلل وجبره لانه قضاء ما اذ كان استدراكا لمافات ﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها أربع مسائل هي في معنى أصول هذا الباب، المسئلة الاولى في بيان وجوبها ، الثانية في بيان عدد الواجبات منها ، الثالثة في بيان على من يجب، الرابعة ما الواجب على من تركها متعمداً .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك تغني عن تكلف القول فيه .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما عدد الواجب منها ففيه قولان، أحدهما قول مالك والشافعي والاكثر وهو ان الواجب هي الخمس صلوات فقط لا غير ، والثاني قول أبي حنيفة وأصحابه وهو ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ما ثبت بالنسبة واجبا أو فرضا لا معنى له وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة . أما الاحاديث التي مفهومها وجوب الخمس فتتطبل هي نص في ذلك فمشهورة وثابتة ومن أيديها في ذلك ما ورد في حديث الاسراء المشهور أنه لما بلغ الفرض الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك فان امتك لا تطيق ذلك قال فراجعته فقال تعالى هي خمس وهي خمسون لا يبدل القول لدى وحديث الاعرابي المشهور الذي سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن الاسلام فقال له : خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل على غيرها قال لا الا أن تطوع . وأما الاحاديث التي مفهومها وجوب الوتر فمنها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان الله قد زادكم صلاة وهي الوتر فحافظوا عليها وحديث حارثة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان الله أمركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منافق رأى أن الزيادة هي نسخ ولم تقع عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ بها أن تكون ناسخة لتلك الاحاديث اثبات المشهورة رجع تلك الاحاديث وأيضا فإنه ثبت من قوله تعالى في حديث الاسراء إنه لا يبدل القول لدى وظاهره انه لا يزداد فيها ولا ينقص منها وان كان هو في النقصان أظهر والخبر ليس يدخله التسخين ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل أو يجب المصير الى هذه الزيادة لا سيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لا توجب نسخا لكن ليس هذا من رأى أبي حنيفة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما على من يجب فعلى المسلم البالغ ولا خلاف في ذلك .

﴿المسئلة الرابعة﴾ وأما الواجب على من تركها عمداً وأمرها فأبى أن يصليها لاجحوداً
لهرضها فإن قوماً قالوا يقتل وقوماً قالوا يعزرو ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله
كفر أو هو مذهب أحمد وإسحاق وابن المبارك ومنهم من أوجه حداً وهو مذهب مالك
والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلي * والسبب في
هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: لا يحل دم
امرئ مسلم إلا باحدى ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان أو قتل نفس بغير نفس
وروى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث بريدة أنه قال: العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن
تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ليس بين العبد وبين الكفر
أو قال الشرك إلا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر هاهنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث
كانه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام كفر بعد إيمان ومن فهم هاهنا التغليظ والتوبيخ أى
أن أفعاله أفعال كافر وأنه في صورة كافر كما قال: لا يزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن ولا يسرق
السارق حين يسرق وهو مؤمن لم يرقطه كفر أو . وأما من قال يقتل حداً فضعيف ولا مستنده
الاقياس شبه ضعيف أن أمكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة رأس المأمورات
والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك
الصلاة معلوم أنه ليس بمكذب إلا أن يتركها معتقداً لتركها هكذا فنحن إذا بين أحد أمرين إما
أن أردنا أن نفهم من الحديث الكفر الحقيقي يجب علينا أن نتأول أنه أراد عليه الصلاة
والسلام من ترك الصلاة معتقداً لتركها فقد كفر وإما أن يحمل اسم الكفر على غير موضوعه
الاول وذلك على أحد معنيين إما على أن حكمه حكم الكافر أعنى في القتل وسائر أحكام
الكفار وإن لم يكن مكذباً وإما على أن أفعاله أفعال كافر على جهة التغليظ والردع له أى أن فاعل
هذا يشبه الكافر في الأفعال إذا كان الكافر لا يصلي كما قال عليه الصلاة والسلام: لا يزنى
المؤمن حين يزنى وهو مؤمن وحمله على أن حكمه حكم الكافر في أحكامه لا يجب المصير إليه
الابدليل لأنه حكم لم يثبت بعد في الشرع من طريق يجب المصير إليه فقد يجب إذا لم يدل عندنا
على الكفر الحقيقي الذي هو التكذيب أن يدل على المعنى المجازى لا على معنى يوجب حكماً
لم يثبت بعد في الشرع بل يثبت ضده وهو أنه لا يحمل دمه أذهو خارج عن اثلاث الذين نص
عليهم الشرع فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم أعنى أنه يجب علينا أحد أمرين إما أن نقدر في
الكلام محذوفاً أن أردنا حمله على المعنى الشرعى المقوم من اسم الكفر وإما أن نحمله على
المعنى المستعار وأما حمله على أن حكمه حكم الكافر في جميع أحكامه مع أنه مؤمن فشيء

منارق للاصول مع ان الحديث نص في حق من يجب قتله كفر أو حداً ولذلك صار هذا القول مضاهياً لقول من يكفر بالذنوب .

﴿ الجلة الثانية في الشروط ﴾ وهذه الجلة فيها ثمانية أبواب ، الباب الاول في معرفة الاوقات ، الثاني في معرفة الاذان والاقامة ، الثالث في معرفة القبلة ، الرابع في ستر العورة واللباس في الصلاة ، الخامس في اشتراط الطهارة من النجس في الصلاة ، السادس في تعيين المواضع التي يصلي فيها من المواضع التي لا يصلي فيها ، السابع في معرفة الشروط التي هي شروط في صحة الصلاة ، الثامن في معرفة النية وكيفية اشتراطها في الصلاة .

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب ينقسم أولاً الى فصلين ، الاول في معرفة الاوقات المتأمر بها ، الثاني في معرفة الاوقات المنهى عنها ،

﴿ الفصل الاول ﴾

وهذا الفصل ينقسم الى قسمين أيضاً ، القسم الاول في الاوقات الموسعة والمختارة ، والثاني في أوقات أهل الضرورة .

﴿ القسم الاول ﴾ من الفصل الاول من الباب الاول من الجلة الثانية والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً) اتفق المسلمون على ان للصلوات الخمس أوقافاً خمساً هي شرط في صحة الصلاة وان منها أوقات فضيلة وأوقات توسعة واختلفوا في حدود أوقات التوسعة وانه فضيلة وفيه خمس مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفقوا على ان أول وقت الظهر الذي لا تجوز قبله هو الزوال الاخلاقاً شاذاً روى عن ابن عباس والاماروى من الخلاف في صلاة الجمعة على ماسيأتى واختلفوا منها في موضعين في آخر وقتها الموسع وفي قتها المرغب فيه . فاما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشانعي وأبو ثور وداود وهو أن يكون ظل كل شئ مثله . وقال أبو حنيفة آخر الوقت أن يكون ظل كل شئ مثليه في إحدى الروايتين عنه وهو عنده أول وقت العصر وقدر روى عنه ان آخر وقت الظهر هو المثل وأول وقت العصر المثلان وان ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر وبه قال صاحباه أبو يوسف ومحمد * وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الاحاديث وذلك انه ورد في إمامة جبريل انه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وفي اليوم الثاني حين كان ظل كل شئ مثله ثم قال الوقت ما بين هذين

وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم: انما بقاؤكم فيما ساف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس أو نى أهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم أو نى أهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم أو نى القرآن فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال أهل الكتاب أى ربنا اعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطينا قيراطاً قيراطاً ونحن كننا أكثر عملاً قال الله تعالى: دل ظلمتكم من أجركم من شئ قالوا لا قال فهو فضلى أو تيه من أشاء فذهب مالك والشافعى الى حديث إمامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو انه اذا كان من العصر الى الغروب أقصر من أول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب أن يكون أول العصر أكثر من قامة وان يكون هذا هو آخر وقت الظهر . قال أبو محمد بن حزم وإيس كما ظنوا وقد امتحنت الامر فوجدت القامة تنتهى من النهار الى تسع ساعات وكسر (قال القاضي) انا الشاك في الكسر وأظنه قال وثلاث . وحجة من قال بابصال الوقتين أعنى اتصالاً لا بفصل غير منقسم قوله عليه الصلاة والسلام: لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت أخرى وهو حديث ثابت . وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك الى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تأخيرها عن أول الوقت قليلاً في مساجد الجماعات . وقال الشافعى أول الوقت أفضل الا في شدة الحر وروى مثل ذلك عن مالك . وقالت طائفة أول الوقت أنضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفي الحر والبرد وانما اختلفوا في ذلك لاختلاف الاحاديث وذلك ان في ذلك حديثين ثابتين ، أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام: اذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم ، والثانى ان النبي عليه الصلاة والسلام: كان يصلى الظهر بالهاجرة وفي حديث حباب انهم شكوا اليه حر الرضاء فلم يشكهم خرجه مسلم . قال زهير راوى الحديث قالت لأبي اسحاق شيخه أنى الظهر قال نعم قلت أنى تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث البراداذ هو نص وتأولوا هذه الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث لعموم ما روى من قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل أى الاعمال أفضل قال: الصلاة لا أول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعنى لا أول ميقاتها مختلف فيها .

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلفوا من صلاة العصر في موضعين ، أحدهما في اشتراك أول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر ، والثانى في آخر وقتها . فاما اختلافهم في الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعى وداود وجماعة على ان أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك اذا بارظل كل شئ مثله الا ان مالكا يرى ان آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت

مشارك للصلاطين معاً أعني بقدر ما يصلي فيه أربع ركعات . وأما الشافعي وأبو ثور ودادود
فآخر وقت الظهر عندهم هو الآن الذي هو أول وقت العصر وهو زمان غير منقسم وقال أبو
حنيفة كما قلنا أول وقت العصر أن يصير ظل كل شيء مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبي
حنيفة معهم في ذلك . وأما سبب اختلاف مالك مع الشافعي ومن قال بقوله في هذه المعارضة
حديث جبريل في هذا المعنى لحديث عبد الله بن عمر وذلك أنه جاء في إمامة جبريل أنه صلى
بالنبي عليه الصلاة والسلام الظهر في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى فيه العصر في اليوم
الأول وفي حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام : وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر
خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركاً ومن رجح حديث عبد الله لم
يجعل بينهما اشتراكاً وحديث جبريل أمكن أن يصرف إلى حديث عبد الله من حديث
عبد الله إلى حديث جبريل لأنه يحتمل أن يكون الراوي تجاوز في ذلك لقرب ما بين الوقتين
وحديث إمامة جبريل صححه الترمذي وحديث ابن عمر خرجه مسلم . وأما اختلافهم في آخر
وقت العصر فعن مالك في ذلك روايتان ، أحدهما أن آخر وقتها أن يصير ظل كل شيء مثليه
وبه قال الشافعي والثانية أن آخر وقتها ما لم تصفر الشمس . وهذا قول أحمد بن حنبل وقال أهل
الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة * والسبب في اختلافهم أن في ذلك ثلاثة
أحاديث متعارضة الظاهر ، أحدها حديث عبد الله بن عمر خرجه مسلم وفيه : فإذا صليتم
العصر فإنه وقت إلى أن تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر ما لم تصفر الشمس ،
والثاني حديث ابن عباس في إمامة جبريل وفيه أنه : صلى به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل
كل شيء مثليه ، والثالث حديث أبي هريرة المشهور : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب
الشمس فقد أدرك العصر ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك
الصبح فمن صار إلى ترجيح حديث إمامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين ومن صار إلى
ترجيح حديث أبي هريرة قال وقت العصر إلى أن يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم أهل
الظاهر كما قلنا . وأما الجمهور فسلوكوا في حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن
عباس إذ كان معارضاً لهما كل التعارض مساكناً لجمع لأن حديثي ابن عباس وابن عمر
تتقارب الحدود المذكورة فهما أول ذلك قال مالك مرة بهذا مرة بذلك وأما الذي في حديث
أبي هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبي هريرة إنما خرج مخرج أهل الأعذار .
﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا فذهب
قوم إلى أن وقتها واحد غير موسع وهذا هو أشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي وذهب قوم

الى أن وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور وداود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعي * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حديث امامة جبريل في ذلك لحديث عبد الله بن عمر وذلك ان في حديث امامة جبريل انه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبد الله : وقت صلاة المغرب ما لم يغيب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتاً واحداً ومن رجح حديث عبد الله جعل لها وقتاً موسعاً وحديث عبد الله خرجهم مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل أعني حديث ابن عباس الذي فيه انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في حديث عبد الله من ذلك هو موجود أيضاً في حديث بريدة الاسلمي خرجهم مسلم وهو أصل في هذا الباب قالوا وحديث بريدة أولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات وحديث جبريل كان في اول الفرض بمكة .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا من وقت العشاء الآخرة في موضعين ، أحدهما في أوله والثاني في آخره . أما أوله فذهب مالك والشافعي وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب أبو حنيفة الى انه مغيب البياض الذي يكون بعد الحمرة * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما أن الفجر في لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان أحمر وأبيض ومغيب الشفق الابيض يلزم أن يكون بعد من اول الليل إما بعد الفجر المستدق من آخر الليل أعني الفجر الكاذب وإما بعد الفجر الابيض المستطير وتكون الحمرة نظير الحمرة فالطوالع اذا أربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس وكذلك يجب أن تكون القوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من انه رصد الشفق الابيض فوجده يبقى الى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة وذلك انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت في حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء في اليوم الاول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثانية ورجح أبو حنيفة مذهبه بما ورد في تأخير العشاء واستحباب تأخيره وقوله : لولا ان أشق على أمتي لأخرت هذه الصلاة الى نصف الليل . وأما آخر وقتها فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال ، قول انه ثلث الليل ، وقول انه نصف الليل ، وقول انه الى طلوع الفجر وبالأول أعني ثلث الليل قال الشافعي وأبو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروى عن مالك القول الثاني أعني نصف الليل وأما الثالث فقول داود * وسبب

الخلاف في ذلك تعارض الآثار في حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبي عليه الصلاة والسلام في اليوم الثاني ثلث الليل وفي حديث أنس انه قال: أخر النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرجه البخاري وروى أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري وابي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: لولا ان أشق على أمتي لأخرت العشاء الى نصف الليل وفي حديث أبي قتادة: ليس التفریط في النوم انما التفریط أن تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الاخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث أنس قال شطر الليل . وأما اهل الظاهر فاعتقدوا حديث أبي قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ ولو لم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب أن يصار الى استصحاب حال الاجماع وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر . واختلفوا فيما قبل فانار وبناعن ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب أن يستصحب حكم الوقت الا حيث وقع الانفاق على خروجه وأحسب ان به قال أبو حنيفة .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واتفقوا على أن اول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس الاماروى عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعى من ان آخر وقتها الا سفار . واختلفوا في وقتها المختار فذهب الكوفيون وابو حنيفة وأصحابه والثوري وأكثر العراقيين الى ان الاسفار بها أفضل . وذهب مالك والشافعى وأصحابه واحمد بن حنبل وابو ثور وداود الى ان التغليس بها أفضل * وسبب اختلافهم اختلافهم في طريقة جمع الاحداث المختلفة الظواهر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج انه قال: اسفر وابلصبح فكما اسفرتم فهو أعظم للاجر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل أى الاعمال أفضل قال: الصلاة لأول ميقاتها وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه : كان يصلى الصبح فتصرف النساء ثلثعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله في الاغلب فمن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لأول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضى على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز انه انما تضمن الاخبار بوقوع ذلك منه لا بأنه كان ذلك غالب أحواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار أفضل من التغليس ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة له ولانه نص في ذلك أو ظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن أن يريد بذلك تبين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد في

ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله، وأما من ذهب إلى أن آخر وقتها الأسفار فإنه تناول الحديث في ذلك أنه لأهل الضرورات أعني قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح وهذا شبه بما فعله الجمهور في العصر والعجب أنهم عدلوا عن ذلك في هذا واقفوا أهل الظاهر ولذلك لأهل الظاهر أن يطالبوهم بالفرق بين ذلك.

﴿ القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول ﴾

فأما أوقات الضرورة والعذر فثبتها كما قلنا فتقهاء الامصار ونهاها أهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم في ذلك واختلف هؤلاء الذين أثبتوها في ثلاثة مواضع، أحدها لأى الصلوات توجد هذه الاوقات ولا يها، والثاني في حدود هذه الاوقات، الثالث في من هم أهل العذر الذين رخص لهم في هذه الاوقات وفي أحكامهم في ذلك أعني من وجوب الصلاة ومن سقطها.

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفق مالك والشافعي على أن هذا الوقت هو لأربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب والعشاء كذلك وإنما اختلفوا في جهة اشتراكهما على ما سيأتي بعدو خالفهم أبو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو للعصر فقط وأنه ليس هاهنا وقت مشترك * وسبب اختلافهم في ذلك هو اختلافهم في جواز الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت احدهما على ما سيأتي بعد فمن تمسك بالنص الوارد في صلاة العصر أعني الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد أدرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يحز الاشتراك في الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام: لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الاخرى ولما سئل عنه بعد في باب الجمع من جميع اقرئين قال انه لا يكون هذا الوقت الا لصلاة العصر فقط ومن أجاز الاشتراك في الجمع في السفر قاس عليه أهل الضرورات لان المسافر أيضا صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشترك للظهر والعصر والمغرب والعشاء.

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف مالك والشافعي في آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر إلى أن يبقى للنهار مقدار أربع ركعات للحاضر أو ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو إمام مقدار أربع ركعات للحاضر بعد الزوال وإما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص

بالعصر إما أربع ركعات قبل المغيب للحاضر وإما اثنتان للمسافر أعني أنه من أدرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه إلا الصلاة الخاصة بذلك الوقت إن كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن أدرك أكثر من ذلك أدرك الصلاتين معاً أو حكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء إلا أن الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل أن يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الأخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار أربع ركعات وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر . وأما الشافعي فجعل حدوداً وأخر هذه الاوقات المشتركة حداً واحداً وهو أدراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معاً ومقدار ركعة أيضاً قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معاً وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعني أنه من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معاً وأما أبو حنيفة فوافق مالك في أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لأهل الضرورات عند قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص * وسبب اختلافهم أعني مالك والشافعي هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معاً يقتضي أن لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك أم انما يقتضي أن لهما وقتاً مشتركاً فقط وحجة الشافعي أن الجمع انما دل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص وأما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة على الاشتراك عنده في وقت التوسعة أعني أنه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب أن يكون الأمر كذلك في أوقات الضرورة والشافعي لا يوافق في اشتراك الظهر والعصر في وقت التوسعة بخلافهما في هذه المسئلة انما ينبنى والله أعلم على اختلافهم في تلك الاولى فتأمل فانه بين والله أعلم .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما هذه الاوقات أعني أوقات الضرورة فاتفقوا على أنها أربع للحائض تطهر في هذه الاوقات أو تحيض في هذه الاوقات وهي لم تصل والمسافر يذكر الصلاة في هذه الاوقات وهو حاضر أو الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبي يبلغ فيها والكافر يسلم . واختلفوا في المعنى عليه فقال مالك والشافعي هو كالحائض من أهل هذه الاوقات لانه لا يقتضي عندهم الصلاة التي ذهب وقتها وعند أبي حنيفة انه يقتضي الصلاة فيما دون الخمس فإذا افق عنده من انعمائه متى ما افاق قضى الصلاة وعند الآخر انه اذا افاق في أوقات الضرورة لزمته الصلاة التي افاق في وقتها واذا لم يفق فيها لم تلزمه الصلاة وستأتي مسئلة المعنى عليه فيما بعد . واتفقوا على أن المرأة اذا طهرت في هذه الاوقات انما تجب عليها الصلاة

التي طهرت في وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقي من النهار أربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلتان معاً وعند الشافعي ان بقي ركعة للغروب فالصلتان معاً كما قلنا أو تكبيرة على القول الثاني له وكذلك الامر عند مالك في المسافر الناسي يحضر في هذه الاوقات أو الحاضر يسافر وكذلك الكافر يسلم في هذه الاوقات أعني انه تلزمهم الصلاة وكذلك الصبي يبلغ . والسبب في ان جعل مالك الركعة جزءاً لآخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة حداً مثل التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل على الاكثر وعند الشافعي من باب التنبيه بالاكثر على الاقل وأيد هذا بما روى : من أدرك سجدة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر فإنه فهم من السجدة هاهنا جزءاً من الركعة وذلك على قوله الذي قال فيه من أدرك منهم تكبيرة قبل الغروب أو الطلوع فقد أدرك الوقت ومالك يرى أن الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد انقراغ من طهرها وكذلك الصبي يبلغ . وأما الكافر يسلم فيعتدله بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغنى عليه عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الحائض اذا حاضت في هذه الاوقات وهي لم تصل بعد أن انقضت ساقط عنها والشافعي يرى أن القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يرى أن الصلاة تجب بدخول أول الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا أن يقال ان الصلاة انما تجب بآخر الوقت وهو مذهب أبي حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول أبي حنيفة أعني جارياً على أصوله لا على أصول قول مالك .

﴿ الفصل الثاني من الباب الاول في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها ﴾

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها في موضعين ، أحدهما في عددها ، والثاني في الصلوات التي يتعلق المنهى عن فعلها فيها .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهى عن الصلاة فيها وهي وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلي صلاة الصبح حتى تطلع الشمس واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفي الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه الى أن الاوقات المنهى عنها هي أربعة الطلوع والغروب وبعد الصبح وأجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعي الى ان هذه الاوقات الخمسة كلها منهى عنها الا وقت الزوال يوم

الجمعة فانه أجاز فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر * وسبب الخلاف في ذلك أحد شيئين إمام عارضة أثر لا أثر وإمام عارضة الأثر للعمل عند من راعى العمل أعنى عمل أهل المدينة وهو مالك بن أنس فحيث ورد النهي ولم يكن هناك معارض لا من قول ولا من عمل اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا . أما اختلافهم في وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه للأثر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهني انه قال : ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلى فيها وإن تغير فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تضيف الشمس للغروب خرج مسلم وحديث أبي عبد الله الصنابحي في معناه ولكنه منقطع خرج مالك في موطن دفن الناس من ذهب الى منع الصلاة في هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال إما باطلاق وهو مالك وإما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعي . أما مالك فلان العمل عنده بالمدينة لم وجدده على الوقتين فقط ولم يجدده على الوقت الثالث أعنى الزوال أباح الصلاة فيه واعتقد أن ذلك النهي منسوخ بالعمل . وأما من لم ير العمل تأثيراً فبقى على أصله في المنع وقد تكلمنا في العمل وقونه في كتابنا في الكلام الماتمة هي وهو الذي يدعى باصول الفقه . وأما الشافعي فلما صح عنده ما روى ابن شهاب عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي انهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التي كانت تطرح الى جدار المسجد العربي فاذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع ما رواه أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من ذلك النهي يوم الجمعة وقوى هذا الاثر عنده العمل في أيام عمر بذلك وإن كان الاثر عنده ضعيفاً . وأما من رجح الاثر الثابت في ذلك فبقى على أصله في النهي . وأما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة في ذلك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما حديث أبي هريرة المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، والثاني حديث عائشة قالت : مات رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط سرّاً ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث أبي هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة أو رآه ناسخاً لانه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز . وحديث أم سلمة يعارض حديث عائشة وفيه انهارت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي

ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال انه أنا في ناس من عبد القيس فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في الصلاة التي لا تجوز في هذه الاوقات فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انها لا تجوز في هذه الاوقات صلاة باطلاق لا فريضة مقتضية ولا سنة ولا نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه . واتفق مالك والشافعي انه يقضى الصلوات المفروضة في هذه الاوقات . وذهب الشافعي الى ان الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي النوافل فقط التي تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنازة تجوز في هذه الاوقات ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعني في السنن وخالفه في التي تفعل لسبب مثل ركعتي المسجد فان الشافعي يحجزها تين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولا يحجز ذلك مالك واختلف قول مالك في جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثوري في الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي ما عدا الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل في ذلك ثلاثة اقوال ، قول هي الصلوات باطلاق ، وقول انها ما عدا المفروض سواء كانت سنة أو نفلا ، وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التي منع مالك فيها صلاة الجنازة عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معاً عند الطلوع والغروب وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في الجمع بين العمومات المتعارضة في ذلك أعني الواردة في السنة وأي يخص بأى وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا نسي أحدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضي استغراق جميع الاوقات وقوله في أحاديث النهي في هذه الاوقات : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضي أيضاً عموم أجناس الصلوات أعني المفروضات والسنن والنوافل فتي حملنا الحديثين على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض دون جنس التعارض الذي يقع بين العام والخاص إما في الزمان وإما في اسم الصلاة فمن ذهب الى الاستثناء في الزمان أعني استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق في تلك الساعات ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ما عدا الفرض في تلك الاوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح أيضاً للنص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن

المدرک لركمة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمدرک لركمة قبل الغروب يخرج للوقت المباح . وأما السكوفيون فلمهم أن يقولوا أن هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التي تعلق النهي بها في تلك الاوقات لان عصر اليوم ليس في معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم أن يقولوا في الصبح لو سلموا أنه يقضى في الوقت المنهي عنه فإذا اختلف بينهم آثر الى أن المستثنى الذي ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هي صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عند من باب الخاص أريد به الخاص ومن رأى أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عند من باب الخاص أريد به العام وإذا كان ذلك كذلك فليس هاهنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هي المستثناة من اسم الصلاة الفائتة كما أنه ليس هاهنا دليل أصلاً لا قاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد في أحاديث النهي من الزمان العام الوارد في أحاديث الامردون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها في أحاديث الامر من الصلاة العامة المنطوق بها في أحاديث النهي وهذا بين فانه اذا تعارض حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب أن يصار الى تغليب أحدهما الا بدليل أعني استثناء خاص هذا من عام ذلك أو خاص ذلك من عام هذا وذلك بين والله أعلم .

﴿ الباب الثاني في معرفة الأذان والاقامة ﴾

هذا الباب ينقسم أيضاً الى فصلين ، الأول في الأذان ، والثاني في الاقامة .

﴿ الفصل الاول ﴾

هذا الفصل ينحصر فيه الكلام في خمسة أقسام ، الأول في صفته ، الثاني في حكمه ، الثالث في وقته ، الرابع في شروطه ، الخامس فيما يقوله السامع له .

﴿ القسم الاول من الفصل الأول من الباب الثاني في صفة الأذان ﴾

اختلف العلماء في الأذان على أربع صنات مشهورة . إحداها تنسية التكبير فيه وتر بيع الشهادتين وباقيه مثني وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره . واختار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو أن يثنى الشهادتين أو لا خفيًا ثم ينهيهما مرة ثانية مرفوع الصوت ، والصفة الثانية أذان المكيين وبه قال الشافعي وهو تر بيع التكبير الاول والشهادتين وثنية

باقى الاذان ، والصفة الثالثة أذان الكوفيين وهو ترديد التكبير الاول وثنية باقى الاذان وبه قال أبو حنيفة ، والصفة الرابعة أذان البصريين وهو ترديد التكبير الاول وثلاث الشهادتين وحى على الصلاة وحى على الفلاح يبدأ بأشهاد أن لا اله الا الله حتى يصلح على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية أعنى الاربع كلمات سبعا ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين * والسبب فى اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار فى ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك ان المدنيين يحتاجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك فى المدينة والمكيون كذلك أيضاً يحتاجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله . أما ثنية التكبير فى أوله على مذهب أهل الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبى محذورة وعبد الله بن زيد الانصارى وتردعه أيضاً مروى عن أبى محذورة من طرق أخر . وعن عبد الله بن زيد قال الشافعى وهى زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة . وأما الترجيع الذى اختارده المتأخرون من أصحاب مالك فروى من طريق أبى قدامة قال أبو عمرو أبو قدامة عندهم ضعيف . وأما الكوفيون فبحديث أبى ليلى وفيه أن عبد الله بن زيد رأى فى المنام رجلاً قام على خرم حائط وعليه بردان أخضران فأذن مثنى وأقام مثنى وأنه أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فأذن مثنى وأقام مثنى والذى خرجه البخارى فى هذا الباب إنما هو من حديث أنس فقط وهو أن بلالاً أمر أن يشفع الاذان ويوتر الإقامة الا قد قامت الصلاة فإنه يثنىها وخرج مسلم عن أبى محذورة على صفة أذان الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذى ورد فى الاذان رأى أحمد بن حنبل وداودان هذه الصفات المختلفة إنما وردت على التخيير لا على الإيجاب واحدة منها وأن الانسان مخير فيها واختلفوا فى قول المؤذن فى صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها أم لا فذهب الجمهور الى أنه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المستنون وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك فى زمان النبي صلى الله عليه وسلم أو انما قيل فى زمان عمر .

❦ القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الثانى ❦

اختلف العلماء فى حكم الاذان هل هو واجب أو سنة مؤكدة وإن كان واجباً فهل هو من فروض الأعيان أو من فروض الكفاية فقيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضاً ولا سنة . وقال بعض أهل الظاهر

هو واجب على الأعيان . وقال بعضهم على الجماعة كانت في سفر أو في حضر . وقال بعضهم في السفر وانفق الشافعي وأبو حنيفة على أنه سنة للمنفرد والجماعة إلا أنه أكد في حق الجماعة قال أبو عمر وانفق الكل على أنه سنة مؤكدة أو فرض على المصري لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا سمع النداء لم يفر وأذا لم يسمعه أغار * والسبب في اختلافهم معارضة المتهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمالك ابن الحويرث ولصاحبه: إذا كنتما في سفر فأذنا وأقيا وليؤمكما أكبركما وكذلك ما روى من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعات فن فهم من هذا الوجوب مطلقاً قال إنه فرض على الأعيان أو على الجماعة وهو الذي حكاه ابن المغلس عن داود ومن فهم منه الدعاء إلى الاجتماع للصلاة قال إنه سنة المساجد أو فرض في المواضع التي يجتمع إليها الجماعة فسبب الخلاف هو ترده بين أن يكون قولاً من أقوال الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع .

❦ القسم الثالث من الفصل الأول ❦

وأما وقت الأذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ماعدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعي إلى أنه يجوز أن يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك أبو حنيفة وقال قوم لا بد للصبح إذا أذن لها قبل الفجر من أذان بعد الفجر لأن الواجب عندهم هو الأذان بعد الفجر . وقال أبو محمد بن حزم لا بد لها من أذان بعد الوقت وإن أذن قبل الوقت جاز إذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يهبط الأول ويصعد الثاني . والسبب في اختلافهم أنه ورد في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام: إن بلالاً ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم . وكان ابن أم مكتوم رجلاً أعمى لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت والثاني ما روى عن ابن عمر أن بلالاً أذن قبل طلوع الفجر فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادي ألا إن العبد قد نام وحديث الحجازيين أثبت وحديث الكوفيين أيضاً أخرجه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم فذهب الناس في هذين الحديثين إما مذهب الجمع وإما مذهب الترجيح فأما من ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون فانهم قالوا حديث بلال أثبت والمصير إليه أوجب وأما من ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك أنهم قالوا يحتمل أن يكون نداء بلال في وقت يشك فيه في طلوع الفجر لانه كان في بصره ضعف ويكون نداء ابن أم مكتوم في وقت يتيقن فيه طلوع

الفجر ويدل على ذلك ما روى عن عائشة أنها قالت لم يكن بين أذانها الا بقدر ما يهبط هذا
ويصعد هذا وأما من قال انه يجمع بينهما أعني أن يؤذن قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ما روى
من ذلك في صلاة الصبح خاصة أعني انه كان يؤذن لها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
مؤذنان بلال وابن أم مكتوم .

﴿ القسم الرابع من الفصل الاول في الشروط ﴾

وفي هذا القسم مسائل ثمانية، احداها هل من شروط من أذن أن يكون هو الذي
يقيم أم لا، والثانية هل من شروط الاذان أن لا يتكلم في أثناءه أم لا ، والثالثة هل من
شروطه أن يكون على طهارة أم لا ، والرابعة هل من شروطه أن يكون متوجهاً الى القبلة أم لا ،
والخامسة هل من شروطه أن يكون قائماً أم لا، والسادسة هل يكره أذان الراكب أم ليس يكره،
والسابعة هل من شروطه البلوغ أم لا ، والثامنة هل من شروطه ألا يأخذ على الاذان أجراً
أم يجوز له أن يأخذه . فأما اختلافهم في الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الآخر فأكثر فقهاء
المصارع على اجازة ذلك وذهب بعضهم الى أن ذلك لا يجوز * والسبب في ذلك أنه ورد في
هذا حديثان متعارضان، أحدهما حديث الصدائي قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلما كان أو ان الصبح أمرني فأذنت ثم قام الى الصلاة فجاء بلال ليقيم فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم : ان أخاصد أذن ومن أذن فهو يقيم والحديث الثاني ما روى ان عبد الله بن زيد
حين أرى الاذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالاً فأذن ثم أمر عبد الله فأقام فمن ذهب
مذهب النسخ قال حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدائي متأخر ومن ذهب
مذهب الترجيح قال حديث عبد الله بن زيد أثبت لان حديث الصدائي انفراد به عبد
الرحمن بن زياد الا فرقي وليس بحجة عندهم . وأما اختلافهم في الاجرة على الاذان فلمكان
اختلافهم في تصحيح الخبر الوارد في ذلك أعني حديث عثمان بن ابي العاص وفيه انه قال من
آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذناً لا يأخذ على اذانه أجر أو من منعه
قاس الاذان في ذلك على الصلاة . وأما سائر الشروط الأخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها
على الصلاة فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة في الصلاة ومن لم يقسها لم
يوجب ذلك . قال ابو عمر بن عبد البر قدروا بينا عن أبي وائل بن حجر قال حق وسنة مسنونة
ألا يؤذن الا وهو قائم ولا يؤذن الا على طهر قال ابو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل
في المسند وهو اولى من القياس (قال القاضي) وقد خرج الترمذي عن ابي هريرة انه عليه

الصلاة والسلام قال لا يؤذن الامتوضي .

﴿ القسم الخامس ﴾

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى انه يقول ما يقول المؤذن كلمة بكلمة الى آخر النداء وذهب آخرون الى أنه يقول مثل ما يقول المؤذن الا اذا قال حي على الصلاة حي على الفلاح فانه يقول لا حول ولا قوة الا بالله * والسبب في الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك انه قد روى من حديث أبي سعيد الخدري أنه عليه الصلاة والسلام قال: اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول . وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية أن السامع يقول عند حي على الصلاة حي على الفلاح : لا حول ولا قوة الا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بعموم حديث أبي سعيد الخدري ومن نبى العام في ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن أنس .

﴿ الفصل الثاني ﴾

(من الباب الثاني من الجملة الثانية في الإقامة)

اختلفوا في الإقامة في موضعين في حكمها وفي صفتها . أما حكمها فانها عند فقهاء الامصار في حق الأعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الاذان وهي عند أهل الظاهر فرض ولا أدري هل هي فرض عندهم على الاطلاق أو فرض من فروض الصلاة والفرق بينهما ان على القول الاول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثاني تبطل . وقال ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عامداً بطلت صلاته . وسبب هذا الاختلاف اختلاف فهم هل هي من الافعال التي وردت ببيان الجمل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام : صلوا كما رأيتموني أصلي أم هي من الافعال التي تحمل على التدب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضاً إما في الجماعة وإما على المنفرد . وأما صفة الإقامة فانها عند مالك والشافعي أما التكبير الذي في أولها فمثنى وأما ما بعد ذلك فمرة واحدة الا قوله قد قامت الصلاة فانها عند مالك مرة واحدة وعند الشافعي مرتين . وأما الحنفية فان الإقامة عندهم مثنى مثنى وخير أحمد بن حنبل بين الافراد والثنية على رأيه في التخيير في النداء * وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا المعنى وحديث أبي ليلى المتقدم وذلك أن في حديث أنس الثابت : أمر

بلال أن يشفع الاذان ويفرد الاقامة الا قد قامت الصلاة . وفي حديث أبي ليلى أنه عليه الصلاة والسلام: أمر بلالاً فأذن منى وأقام منى . والجهور أنه ليس على النساء أذان ولا اقامة . وقال مالك ان أقمن فحسن وقال الشافعي ان أذن وأقمن فحسن وقال اسحاق ان عليهن الاذان والاقامة . وروى عن عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم فيأذكره ابن المنذر والخلاف آيل الى هل تؤم المرأة أولا تؤم وقيل الاصل انها في معنى الرجل في كل عبادة الا أن يقوم الدليل على تخصيصها أم في بعضها هي كذلك وفي بعضها يطلب الدليل .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثانية في القبلة ﴾

اتفق المسلمون على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) . أما إذا أبصر البيت فالقرب عندهم هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف في ذلك وأما إذا غابت الكعبة عن الابصار فاختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما هل الفرض هو العين أو الجهة ، والثاني هل فرضه الاصابة أو الاجتهاد أتني اصابة الجهة أو العين عندهم أو يجب العين فذهب قوم الى ان الفرض هو العين وذهب آخرون الى انه الجهة * والسبب في اختلافهم هل في قوله تعالى (فول وجهك شطر المسجد الحرام) محذوف حتى يكون تقديره (١) ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام أم ليس ها هنا محذوف اصلاً وان الكلام على حقيقته فن قدر هنالك محذوفاً قال الفرض الجهة ومن لم يقدر هنالك محذوفاً قال الفرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حملة على المجاز وقد يقال ان الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام : ما بين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفق المسلمين على ان الصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان الفرض ليس هو العين اعني اذا لم تكن الكعبة مبصرة . والذي اقول انه لو كان واجباً قصداً العين لكان حرجاً وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) فان اصابة العين شئ لا يدرك الا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبني على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها .

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ فهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة أو الاجتهاد فقط حتى يكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى تبين له انه أخطأ أعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له أن أخطأ وقد كان صلى قبل باجتهاده . أما الشافعي فزعم ان فرضه

(١) المحذوف المراد تقديره في الآية ساقط من النسخ التي بأيدينا ولم تقف على تقديره في مكانه من الكتب

الاصابة وانه اذا تبين له انه اخطأ أعاد أبداً وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته ما لم يعتمد أو صلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وابو حنيفة إلا ان مالكاً استحب له الاعادة في الوقت * وسبب الخلاف في ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف أيضاً في تصحيح الأثر الوارد في ذلك . أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعني بوقت الصلاة وذلك انهم اجمعوا على ان القرض فيه هو الاصابة وانه ان انكشف للمكلف انه صلى قبل الوقت اعاد أبداً إلا خلافاً شاذاً في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وما روى عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيوبة الشفق ثم انكشف له انه صلاه قبل غيوبة الشفق انه قد مضت صلاته . ووجه الشبه بينهما ان هذاميتات وقت وهذاميتات جهة وأما الأثر فحديث عامر بن ربيعة قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر نخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجهه وعلمنا فلما أصبحنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فـ... النار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت (والله المشرق والمغرب فايتوا لو افتم وجه الله) وعن هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون فمن صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) فمن لم يصح عنده هذا الأثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب الاثر لم يبطل صلاته . وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فمنهم من منعه على الاطلاق ومنهم من أجازته على الاطلاق ومنهم من فرق بين النفل في ذلك والقرض * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلاً للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا . أما الأثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت ، أحدهما حديث ابن عباس قال : لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة ، والثاني حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال ابن رباح فأغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالاً حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : جعل عموداً عن يساره وعموداً عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى فمن ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال إما يمنع الصلاة مطلقاً ان رجح حديث ابن عباس وإما يباحها مطلقاً ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على القرض وحديث ابن عمر على النفل والجمع بينهما فيه عسrfان الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي قبل ومن ذهب مذهب

سقوط الأثر عند التعارض فإن كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجتماع والاتفاق لم يحز الصلاة داخل البيت أصلاً وإن كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجتماع عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه أجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الاظهر لم يحز الصلاة في البيت . واتفق العلماء بأجمعهم على استحباب السترة بين المصلي والقبلة إذا صلى منفرداً كان أو اماماً وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : إذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل واختلقوا في الخط إذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه ان يحط وقال أحمد بن حنبل يحط خطأ بين يديه * وسبب اختلافهم في تصحيح الأثر الوارد في الخط والأثر رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : إذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً فإن لم يكن فلينصب عصاً فإن لم تكن معه عصاً فليخط خطاً ولا يضر من مر بين يديه خرجه أبو داود وكان أحمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقدرى أنه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت أنه كان يخرج له العترة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهي أربع مسائل .

﴿ الباب الرابع من الجملة الثانية ﴾

هذا الباب ينقسم الى فصلين ، احدهما في ستر العورة ، والثاني فيما يحزى من اللباس في الصلاة .

﴿ الفصل الاول ﴾

اتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلقوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة أم لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة وذهب ابو حنيفة والشافعي الى انها من فروض الصلاة * وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار واختلافهم في مفهوم قوله تعالى (يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) هل الامر بذلك على الوجوب او على التدب فمن حمله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وقول :

اليوم يبدو بعضه أو كله * وما بدامنه فلا أحله

فترلت هذه الآية وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ومن حمله على التدب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التي هي زينة واحتج لذلك بما جاء في الحديث من انه كان رجال يصلون مع النبي

عليه الصلاة والسلام عاقدي أزهرهم على أعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رؤوسكن حتى يستوى الرجال جلوسا قالوا ولذلك من لم يجد ما به يستتر عورته لم يختلف في أنه يصلي واختلف فبين عدم الطهارة هل يصلي أم لا يصلي .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهو حد العورة من الرجل فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة وكذلك قال أبو حنيفة وقال قوم العورة هما السوءتان فقط من الرجل * وسبب الخلاف في ذلك أن ثرا من متعارضان كلاهما ثابت ، احدهما حديث جرهدان النبي صلى الله عليه وسلم قال : الفخذ عورة ، والثاني حديث أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم حصر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه قال البخاري وحديث أنس أسند وحديث جرهدا حوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي حد العورة في المرأة فأكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ما خلا الوجه والكفين وذهب أبو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة وذهب أبو بكر بن عبد الرحمن وأحمد الى ان المرأة كلها عورة * وسبب الخلاف في ذلك احتمال قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) هل هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة أم انما المقصود به ما لا يتلك ظهوره فن ذهب الى ان المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها كذا : عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بعموم قوله تعالى (يا أيها النبي قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين) الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بأنه لا يستتر وهو الوجه والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستتر وجهها في الحج .

﴿ الفصل الثاني من الباب الرابع فيما يحزى من اللباس في الصلاة ﴾

اما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) والنهي الوارد عن هيئات بعض الملابس في الصلاة . وذلك انهم اتفقوا فيها أحسب على ان الهيئات من اللباس التي نهى عن الصلاة فيها مثل اشتغال الصماء وهو أن يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء وان يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة ألا تكتشف عورته ولا أعلم ان أحدا قال لا تجوز صلاة على إحدى هذه الهيئات ان لم تكتشف عورته وقد كان على أصول أهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على انه يحزى الرجل من اللباس في الصلاة التوب الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل أيصلي الرجل في الثوب الواحد فقال : أولئككم ثوبان . واختلفوا في

الرجل يصلي مكشوف الظهر والبطن فالجهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذقوم فقالوا لا تجوز صلاته لنهييه صلى الله عليه وسلم ان يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء وتمسك بجواب قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) وانفق الجهور على ان اللباس المجزئ للمرأة في الصلاة هو درع وخمار لما روى عن ام سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلي فيه المرأة فقال: في الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهورك قدميها ولما روى ايضا عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: لا يقبل الله صلاة حائض الانحمار وهو مروي عن عائشة وميمونة وأم سلمة انهم كانوا يفتنون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة أعادت في الوقت وبعده الا مال كافانه قال انها تعيد في الوقت فقط والجهور على ان الخادم لها ان تصلي مكشوفة الرأس والتقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء * وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد. واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم لا تجوز وقوم استحبوا له الاعادة في الوقت * وسبب اختلافهم في ذلك هل الشيء المنهي عنه مطلقا اجتنابه شرط في صحة الصلاة أم لا فن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لا تجوز به ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوماً والصلاة جائزة قال ليس شرطاً في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط . وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة في الدار المتصوبة والخلاف فيها مشهور.

﴿الباب الخامس﴾

وأما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول انها فرض في الصلاة أي من شروط صحتها وأما من قال انها فرض باطلاق فيجوز ان يقول انها فرض في الصلاة ويجوز ان لا يقول ذلك وحكى عبد الوهاب عن المذهب في ذلك قولين، أحدهما ان ازالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر، والقول الآخر انها ليست شرطاً والذي حكاه من انها شرط لا يتخرج على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة سنة مؤكدة وانما يتخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقدمت هذه المسئلة في كتاب الطهارة وعرف هنالك أسباب الخلاف فيها وانما الذي يتعلق به ههنا الكلام من ذلك هل ما هو فرض مطلق مما يقع في الصلاة يجب أن يكون فرضاً في الصلاة أم لا والحق ان الشيء المأمور به على الاطلاق لا يجب أن يكون شرطاً في صحة شيء ما الا بأمر آخر.

﴿ الباب السادس ﴾

وأما المواضع التي يصلى فيها فان من الناس من أجاز الصلاة في كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والحجرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعادن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهى عنها ولم يبطلها وهو أحد ما روى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك ان هاهنا حديثين متفق علي صحتهم وحديثين مختلف فيهما . فاما المتفق عليهما فقوله عليه الصلاة والسلام : أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلى وذكر فيها وجعلت لي الارض مسجداً وطهوراً فابن ما أدركتني الصلاة صليت وقوله عليه الصلاة والسلام : اجعلوا من صلاتكم في بيوتكم ولا تتخذوها قبوراً . وأما الغير المتفق عليهما فأحد ههما ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى أن يصلى في سبعة مواطن في المزبلة والحجرة والمقبرة وقارعة الطريق وفي الحمام وفي معادن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذى ، والثاني ما روى انه قال عليه الصلاة والسلام صلوا في مرائب الغنم ولا تصلوا في أعطان الابل فذهب الناس في هذه الاحاديث ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الترجيح والنسخ ، والثاني مذهب البناء أعني بناء الخاص على العام ، والثالث مذهب الجمع . فاما من ذهب مذهب الترجيح والنسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً وقال هذا نسخ لغيره لان هذه هي فضائل له عليه الصلاة والسلام وذلك مما لا يجوز نسخه . وأما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الاباحة عام وحديث النهى خاص فيجب أن يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنه عليه الصلاة والسلام لانه قد روى أيضاً النهى عنهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم . وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصاً من عام فقال أحاديث النهى محمولة على الكرامة والاول على الجواز . واختلفوا في الصلاة في السبع والكنائس فكرها قوم وأجازها قوم وفرق قوم بين أن يكون فيها صوراً ولا يكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا تدخل كنائسهم من أجل النمايل والعلة فبمن كرها لا من أجل التصاوير حملها على النجاسة . واتفقوا على الصلاة على الارض واختلفوا في الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يعمد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود على الحصى

وما يشبهه مما تنبته الارض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن أنس (١).

﴿ الباب السابع ﴾

وأما التروك المشترطة في الصلاة فانفق المسلمون على أن منها قولاً ومنها فعلاً . فاما الأفعال فجميع الأفعال المباحة التي ليست من أفعال الصلاة لا قتل العقر والحية في الصلاة فانهم اختلفوا في ذلك لمعارضة الأثر في ذلك للقياس وانفقوا فيها أحسب على جواز العمل الخفيف . وأما الأقوال فهي أيضاً الأقوال التي ليست من أفعال الصلاة وهذه أيضاً لم يختلفوا انها تفسد الصلاة عمداً لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) ولما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : ان الله يحدث من أمره ما يشاء ومما أحدث ألا تكلموا في الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن أرقم انه قال : كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وحديث معاوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير والتحميد وقراءة القرآن إلا أنهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما اذا تكلم ساهياً والآخر اذا تكلم عمداً لا صلاح الصلاة وشذالاً وزاعياً فقال من تكلم في الصلاة لاجلاء نفس أو لامر كبير فانه يبني والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمداً على جهة الاصلاح لا يفسدها . وقال الشافعي يفسدها التكلم كيف كان الامع النسيان . وقال أبو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك وذلك أن الأحاديث المتقدمة تقتضي تحريم الكلام على العموم وحديث أبي هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذو اليمين أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدق ذو اليمين فقالوا نعم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين أخبرين ثم سلم ظاهره أن النبي صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فنأخذ بهذا الظاهر ورأى ان هذا شيء يخص الكلام لا صلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن أنس ومن ذهب الى أنه ليس في الحديث دليل على انهم تكلموا عمداً في الصلاة وانما يظهر منهم انهم تكلموا وهم يظنون أن الصلاة قد قصرت وتكلم النبي عليه الصلاة والسلام وهو يظن أن الصلاة قد نمت ولم يصح عنده أن الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قصرت الصلاة وما نسيت قال ان المفهوم من الحديث انما هو اجازة الكلام لغير العامل فاذا السبب في اختلاف مالك والشافعي

في المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم في مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعي اعتمد أيضاً في ذلك أصلاً عاماً وهو قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث النهي على عمومها ورأى أنها ناسخة لحديث ذي اليمين وأنه متقدم عليها .

﴿ الباب الثامن ﴾

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطاً في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت في الشرع لغير مصلحة معتولة أعني من المصالح المحسوسة . واختلفوا هل من شرطية المأموم أن توافق نية الإمام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز أن يصلي المأموم ظهراً بإمام يصلي عصرًا ولا يجوز أن يصلي الإمام ظهراً أيكون في حقه نقلاً وفي حق المأموم فرضاً فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجب أن يوافق نية المأموم نية الإمام وذهب الشافعي إلى أنه ليس يجب * والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الإمام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من أنه كان يصلي مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم يصلي بقومه فن رأى ذلك خاصاً لمعاذ وأن عموم قوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الإمام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الإمام للمأموم ومن رأى أن الإباحة لمعاذ في ذلك هي إباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الأصل قال لا يخلو الأمر في ذلك الحديث الثاني من أحد أمرين إيمان يكون ذلك العموم الذي فيه لا يتناول النية لأن ظاهره إنما هو في الأفعال فلا يكون بهذا الوجه معارضاً لحديث معاذ وإيمان يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم . وفي النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها إذ كان غرضنا على القصد الأول إنما هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع .

﴿ الجلمة الثالثة من كتاب الصلاة ﴾

وهو معرفة ما تشتمل عليه من الأقوال والأفعال وهي الأركان والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان إمام من قبل الاقتراد والجماعة وإمام من قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الأيام وإمام من قبل الحضر والسفر وإمام من قبل الأمن والخوف وإمام من قبل الصحة والمرض فإذا أريد أن يكون القول في هذه صناعات وجارية على نظام فيجب أن يقال أولاً فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها أو يقال في واحدة واحدة منها وهو الأسهل وإن كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما هو الذي سلكه الفقهاء ونحن تتبعهم في ذلك فنجعل هذه الجلمة منقسمة إلى ستة أبواب ، الباب الأول في صلاة المنفرد

الحاضر الامن الصحيح ، الباب الثاني في صلاة الجماعة أعني في أحكام الامام والمأموم في الصلاة ، الباب الثالث في صلاة الجمعة ، الباب الرابع في صلاة السفر ، الباب الخامس في صلاة الخوف ، الباب السادس في صلاة المريض

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب فيه فصلان . الفصل الاول في أقوال الصلاة . والفصل الثاني في أفعال الصلاة

﴿ الفصل الاول ﴾

وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب فتقوم قالوا ان التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم أوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور * وسبب اختلاف من أوجبه كله ومن أوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة ما نقل من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام . فأما ما نقل من قوله فحديث أبي هريرة المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة : اذا أردت الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ ففهم هذا هو أن التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ما عدا ذلك من التكبير فرضاً لذكره كما ذكر سائر فروض الصلاة ، وأما ما نقل من فعله فتحتها حديث أبي هريرة انه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول اني لأشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشخير قال : صليت أنا وعمران بن الحصين خلف علي بن أبي طالب رضي الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا أخذ عمران بيده فقال أذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فلقنا نلون بالحجابه تسكوا بهذا العمل المنقول في هذه الاحاديث وقالوا الاصل ان تكون كل أفعاله التي أتت بيانا لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم : صلوا كما رأيتموني أصلي وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة الاولى ما في هذا الا نريد على أن العمل عند الصحابة انما كان على اتمام التكبير ولذلك كان أبو هريرة يقول اني لأشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمران أذكرني هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم ، وأما من جعل التكبير كله نقلاً فضعيف واعلمه قاسه على سائر الاذكار التي في الصلاة مما ليست بواجب اذ قاس

تكبيرة الاحرام على سائر التكبيرات . قال أبو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه
شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزي عن أبيه قال : صليت
مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وما
رواه أحمد بن حنبل عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يكبر اذا صلى وحده وكان هؤلاء راوا ان
التكبير انما هو لمكان اشعار الامام للمؤمنين بقيامه وقعوده وبشبه أن يكون الى هذا ذهب
من رآه كله .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ قال مالك لا يحزى من لفظ التكبير الا الله أكبر وقال الشافعي الله
أكبر والله الا كبر اللفظان كلاهما يحزى . وقال أبو حنيفة يحزى . من لفظ التكبير كل لفظ في
معناه مثل الله الاعظم والله الاجل * وسبب اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به في الافتتاح
أو المعنى وقد استدلل المالكيون والشافعيون بقوله عليه الصلاة والسلام : مفتاح الصلاة
الطهور ونحوهما التكبير وتحليلها التسليم قالوا الالف واللام هاهنا للحصر والحصر يدل على
أن الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لا يجوز لغيره وليس بواقفهم أبو حنيفة على هذا الاصل فان
هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به
ودليل الخطاب عند أبي حنيفة غير معمول به .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ ذهب قوم الى أن التوجيه في الصلاة واجب وهو أن يقول بعد التكبير
إما وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض وهو مذهب الشافعي وإما أن يسبح وهو
مذهب أبي حنيفة وإما أن يجمع بينهما وهو مذهب أبي يوسف صاحبه . وقال مالك ليس
التوجيه بواجب في الصلاة ولا بسنة * وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه
للمعمل عند مالك أو الاختلاف في حجة الآثار الواردة بذلك (قال القاضي) قد ثبت في
الصحيحين عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة
اسكابة قال فقلت يا رسول الله بآني أنت وامى اسكانك بين التكبير والقراءة ما تقول قال :
أقول : اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم تنقي من الخطايا كما
ينقي الثوب الأبيض من الدنس اللهم اغسل خطاياي بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى
استحسان سكيات كثيرة في الصلاة منها حين يكبر وحين يفرغ من قراءة القرآن وإذا فرغ
من القراءة قبل الركوع ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو نور والاوزاعي وأنكر ذلك مالك
وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث أبي هريرة
انه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سكيات في صلاته حين يكبر ويفتح الصلاة
وحين يقرأ فاتحة الكتاب وإذا فرغ من القراءة قبل الركوع .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة فمنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهراً كانت أو سرّاً في افتتاح أم القرآن ولا في غيرها من السور وأجاز ذلك في النافلة وقال ابو حنيفة والثوري يقرأوها مع أم القرآن في كل ركعة سرّاً وقال الشافعي يقرأوها ولا بد في الجهر جهراً أو في السر سرّاً وهي عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيد واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة أم إنما هي آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعاً * وسبب الخلاف في هذا آيل الى شيئين ، أحدهما اختلاف الآثار في هذا الباب ، والثاني اختلاف فهم هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا . فأما الآثار التي احتج بها من أسقط ذلك فمنها حديث ابن مغفل قال سمعتني أبي وأنا أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فقال يا بني إياك والحدث فاني صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلم أسمع رجلاً منهم يقرأها قال أبو عمرو بن عبد البر ابن مغفل رجل مجهول ، ومنها ما رواه مالك من حديث أنس انه قال قمت وراء أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فكلهم كان لا يقرأ بسم الله إذا افتتحوا الصلاة قال أبو عمرو وفي بعض الروايات انه قام خلف النبي عليه الصلاة والسلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو عمرو والآن أهل الحديث قالوا في حديث أنس هذا ان الثقل فيه مضطرب اضطراباً لا تقوم به حجة وذلك ان مرة روى عنه مرفوعاً الى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ، ومنهم من يذكر عثمان ، ومنهم من لا يذكره ، ومنهم من يقول فكانوا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم . ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون بسم الله الرحمن الرحيم . وأما الأحاديث المعارضة لهذا فمنها حديث نعيم بن عبد الله المجرم قال : صليت خلف أبي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل أم القرآن وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال أنا أشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومنها حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجهر بسم الله الرحمن الرحيم ، ومنها حديث أم سلمة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلف هذه الآثار أحداً ما أوجب اختلافهم في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة ، والسبب الثاني كما قلناه هو هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من أم الكتاب وحدها أو من كل سورة أم ليست آية لا من أم الكتاب ولا من كل سورة فمن رأى انها آية من أم الكتاب أوجب قراءتها بوجوب قراءة أم الكتاب عنده في الصلاة ومن رأى انها آية من أول كل سورة وجب عنده أن يقرأها مع السورة وهذه المسئلة

قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من أعجب ما وقع في هذه المسئلة انهم يقولون ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن في غير سورة النمل أم انما هي آية من القرآن في سورة النمل فقط ويحكون على جهة الرد على الشافعي انها لو كانت من القرآن في غير سورة النمل لبيته رسول الله صلى الله عليه وسلم لان القرآن نقل نواتر هذا الذي قاله القاضي في الرد على الشافعي وظن انه قاطع وأما ابو حامد فانتصر لهذا بان قال انه أيضا لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبين ذلك وهذا كله تخطيط وشي غير مفهوم فانه كيف يجوز في الآية الواحدة بعينها أن يقال فيها انها من القرآن في موضع وأنها ليست من القرآن في موضع آخر بل يقال ان بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت انها من القرآن حينما ذكرت وأنها آية من سورة النمل وهل هي آية من سورة أم القرآن ومن كل سورة يستفتح بها اختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها في سائر السور فاتحة وهي جزء من سورة النمل فتأمل هذا فانه بين والله أعلم .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اتفق العلماء على انه لا يجوز صلاة بغير قراءة لا عمداً ولا سهواً الا شيناروى عن عمر رضى الله عنه انه صلى فنبسى القراءة فقبيل له في ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود فقيل حسن فقال : لا بأس اذا هو وحديث غريب عندهم أدخله مالك في موطأه في بعض الروايات والاشيناروى عن ابن عباس انه لا يقرأ في صلاة السر وانه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلوات وسكت في أخرى فنقرأ فيما قرأ ونسكت فيما سكت وسئل هل في الظهر والعصر قراءة فقال لا وأخذ الجهور بحديث خباب انه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر والعصر قيل فبأى شيء كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس في ترك وجوب القراءة في الركعتين الأخيرتين من الصلاة لا استواء صلاة الجهر والسر في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم في هاتين الركعتين * واختلفوا في القراءة الواجبة في الصلاة فرأى بعضهم أن الواجب من ذلك أم القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه نوقيت ومن هؤلاء من أوجبها في كل ركعة ومنهم من أوجبها في أكثر الصلاة ومنهم من أوجبها في نصف الصلاة ومنهم من أوجبها في ركعة من الصلاة وبالأول قال الشافعي وهي أشهر الروايات عن مالك وقدر روى عنه انه ان قرأها في ركعتين من الرباعية أجزأه وأما من رأى انها تجزى في ركعة فمنهم الحسن البصرى وكثير من فقهاء البصرة . وأما ابو حنيفة فالواجب عندنا دائما وقراءة القرآن أى آية انفتحت ان تقرأ أو حداثا في ذلك ثلاث آيات قصار أو آية طويلة مثل آية الدين وهذا في الركعتين الأوليين وأما في الأخيرتين فيستحب

عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها * والسبب في هذا الاختلاف تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للآثر. أما الآثار المتعارضة في ذلك فأحدها حديث أبي هريرة ثابت أن رجلاً دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبي عليه الصلاة والسلام فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقال: ارجع فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فأمره بالرجوع فعزل ذلك ثلاث مرات فقال والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره فقال عليه الصلاة والسلام إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تستوى قائماً ثم افعل ذلك في صلاتك كلها . وأما المعارض لهذا الحديثان ثانياً إن متفق عليهما، أحدهما حديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال: لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب وحديث أبي هريرة أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج فهي خداج فهي ثلاثا وحديث أبي هريرة المتقدم ظاهره أنه يحزى من اقراءة في الصلاة ما تيسر من القرآن وحديث عبادة وحديث أبي هريرة اثنان يقتضيان أن أم القرآن شرط في الصلاة وظاهر قوله تعالى: فاقرؤوا ما تيسر منه يعضد حديث أبي هريرة المتقدم . والعلماء المختلفون في هذه المسئلة إما أن يكونوا ذهبوا في تأويل هذا الحديث مذهب الجمع وإما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك أنه من ذهب مذهب من أوجب قراءة ما تيسر من القرآن له أن يقول هذا أرجح لأن ظاهر الكتاب يوافق له ولأن قول على طريق الجمع أنه يمكن أن يكون حديث عبادة المقصود به نفي الكمال لا نفي الإجزاء وحديث أبي هريرة المقصود منه الإعلام بالجزء من القراءة إذا كان المتصوّد منه تعلم فرائض الصلاة ولاؤاها أيضاً أن يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الأحاديث أوضح لانها أكثر وأيضاً فإن حديث أبي هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذي فيه يقول الله تعالى: قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين نصفها لي ونصفها لعبدي ولعبدي ما سأل يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدني عبدي الحديث ولهم أن يقولوا أيضاً أن قوله عليه الصلاة والسلام: ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والأحاديث الأخر معينة والمعين يقتضي على المبهم وهذا فيه عسر فإن معنى حرف ماها هنا انما هو معنى أى شئ عيسر وانما يسوغ هذا أن دلت ما في كلام العرب على ما تدل عليه لام العهد فكان يكون تقدير

الكلام أقرأ الذي يسر معك من القرآن ويكون المفهوم منه أم الكتاب إذ كانت الآلاف واللام في الظاهر تدل على العهد فينبغي أن يتأمل هذا في كلام العرب فإن وجدت العرب تفعل هذا أعني تجوز في موطن ما فتدل بما على شيء معين فليسغ هذا التأويل والا فلا وجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وإنما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ . وأما اختلاف من أوجب أم الكتاب في الصلاة في كل ركعة أو في بعض الصلاة فسيبها احتمال عودة الضمير الذي في قوله عليه الصلاة والسلام : لم يقرأ فيها بالقرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك أن من قرأ في الكل منها أو في الجزء أعني في ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال بعينه هو الذي أصار أبا حنيفة إلى أن يترك القراءة أيضاً في بعض الصلاة أعني في الركعتين الأخيرتين واختار مالك أن يقرأ في الركعتين الأوليين من الرابعة بالحمد وسورة وفي الأخيرتين بالحمد فقط واختار الشافعي أن يقرأ في الأربع من الظهر بالحمد وسورة إلا أن السورة التي تقرأ في الأوليين تكون أطول فذهب مالك إلى حديث أبي قتادة الثابت أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ في الأوليين من الظهر والعصر بفتح الكتاب وسورة وفي الأخيرين منها بفتح الكتاب فقط وذهب الشافعي إلى ظاهر حديث أبي سعيد الثابت أيضاً أنه كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفي الآخر بين قدر خمس عشرة آية ولم يخالفوا في العصر لا اتفاق الحديثين فيها وذلك أن في حديث أبي سعيد هذا أنه كان يقرأ في الأوليين من العصر قدر خمس عشرة آية وفي الآخر بين قدر النصف من ذلك .

المسئلة السادسة ﴿ اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن في الركوع والسجود لحديث علي في ذلك قال نهاني جبريل صلى الله عليه وسلم أن أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً قال الطبري وهو حديث صحيح وبه أخذ فقهاء الامصار وصار قوم من التابعين إلى جواز ذلك وهو مذهب البخاري لأنه لم يصح الحديث عنده والله أعلم . واختلفوا هل في الركوع والسجود قول محدود يقوله المصلي أم لا فقال مالك ليس في ذلك قول محدود وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وجماعة غيرهم إلى أن المصلي يقول في ركوعه سبحان ربّي العظيم ثلاثاً وفي السجود سبحان ربّي الأعلى ثلاثاً على ما جاء في حديث عقبة بن عامر وقال الثوري أحب إلى أن يقولها الإمام خمساً في صلاته حتى يدرك الذي خلقه ثلاث تسبيحات * والسبب في هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس في هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك أن في حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : ألا وإني نهيت أن أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً فاما

الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء فقمتم أن يستجاب لكم وفي حديث عقبة بن عامر أنه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : اجعلوها في ركوعكم ولما نزلت سببح اسم ربك الأعلى قال : اجعلوها في سجودكم وكذلك اختلفوا في الدعاء في الركوع بعد اتفاقهم على جواز الثناء على الله فكره ذلك مالك لحديث علي أنه قال عليه الصلاة والسلام : أما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء في الركوع واحتجوا بأحد حديث جاء فيها أنه عليه الصلاة والسلام دعا في الركوع وهو مذهب البخاري واحتج بحديث عائشة قالت كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول في ركوعه وسجوده : سبحانك اللهم ربنا وبحمدك اللهم اغفر لي . وأبو حنيفة لا يحيز الدعاء في الصلاة بغير ألفاظ القرآن ومالك والشافعي يحيزان ذلك والسبب في ذلك اختلافهم فيه هل هو كلام أم لا .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلفوا في وجوب التشهد وفي المختار منه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أن التشهد ليس بواجب وذهبت طائفة إلى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد وداود * وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الأثر وذلك أن القياس يقتضي إلحاقه بسائر الأركان التي ليست بواجبة في الصلاة لا اتفاقهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس أنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن يتتضي وجوبه مع أن الأصل عندهؤلاء أن أفعاله وأقواله في الصلاة يجب أن تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والأصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو أن ما ثبت وجوبه في الصلاة مما اتفق عليه أو صرح بوجوبه فلا يجب أن يلحق به إلا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى أصلاً متعارضان . وأما المختار من التشهد فإن مالك كرهه الله اختار تشهد عمر رضي الله عنه الذي كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله تعالى وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله واختار أدل الكوفة أبو حنيفة وغيره تشهد عبد الله بن مسعود قال أبو عمرو وبه قال أحمد وأكثر أهل الحديث ثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله واختار الشافعي وأصحابه تشهد عبد الله ابن عباس الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات
 لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن
 لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله * وسبب اختلاف فهم اختلاف ظنونهم في الأرجح منها فن
 غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الأحاديث الثلاثة مال إليه وقد ذهب كثير من
 الفقهاء إلى أن هذا كله على التخيير كالأذان والتكبير على الجنائز وفي العيد وفي غير ذلك مما
 تواتر نقله وهو الصواب والله أعلم . وقد اشترط الشافعي الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم
 في التشهد وقال إنها فرض لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليماً) ذهب إلى
 أن هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور إلى أنه التسليم الذي يؤتى به عقب الصلاة
 عليه . وذهب قوم من أهل الظاهر إلى أنه واجب أن يتعوذ بالتشهد من الأربع التي جاءت في
 الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة الحيا والممات
 لأنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه إذا
 فرغ أحدكم من التشهد الأخير فليتعوذ من أربع الحديث خرجه مسلم .

﴿ المسئلة الثامنة ﴾ اختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال أبو حنيفة
 وأصحابه ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة
 واحدة ومنهم من قال اثنتان فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث علي وهو قوله عليه الصلاة
 والسلام فيه : وتحليلها التسليم ومن ذهب إلى أن الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت من أنه
 عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليمتين وذلك عند من حمل فعله على الوجوب واختار مالك
 للامام تسليمتين وللإمام واحدة وقد قيل عنه أن المأموم يسلم ثلاثاً الواحدة للتحليل والثانية
 للإمام والثالثة لمن هو عن يساره وأما أبو حنيفة فذهب إلى ما رواه عبد الرحمن بن زياد الأفرقي
 أن عبد الرحمن بن رافع وبكر بن سواده حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصي قال قال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا جلس الرجل في آخر صلاته فأحدث قبل أن يسلم فتمت
 صلاته قال أبو عمرو بن عبد البر وحديث علي المتقدم أثبت عند أهل النقل لأن حديث
 عبد الله بن عمرو بن العاصي أنه رد به الأفرقي وهو عند أهل النقل ضعيف (قال القاضي) أن
 كان أثبت من طريق النقل فإنه محتمل من طريق الألف وذلك أنه ليس يدل على أن الخروج
 من الصلاة لا يكون بغير التسليم إلا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الأكثر
 ولكن للجمهور أن يقولوا إن الألف واللام التي للحصر أقوى من دليل الخطاب في كون
 حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به .

﴿ المسئلة التاسعة ﴾ اختلفوا في القنوت فذهب مالك الى أن القنوت في صلاة الصبح مستحب وذهب الشافعي الى انه سنة وذهب أبو حنيفة الى انه لا يجوز القنوت في صلاة الصبح وان القنوت امام موضعه الوتر وقال قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لا قنوت الا في رمضان وقال قوم بل في النصف الاخير منه وقال قوم بل في النصف الاول * والسبب في ذلك اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات في ذلك على بعض أعني التي قنت فيها على التي لم يقنت فيها قال أبو عمرو بن عبد البر والقنوت بلعن الكفرة في رمضان مستفيض في الصدر الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذكو ان والنفر الذين قتلوا أصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ما قنت منذ أربعين عاما أو خمسة وأربعين عاما الا وراء امام يقنت قال الليث وأخذت في ذلك بالحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قنت شهرا أو أربعين يدعو لقوم ويدعوا على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتبا (ليس لك من الامر شيء أو يتوب عليهم أو يعذبهم فانهم ظالمون) فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها حتى لقي الله قال فمنذ حملت هذا الحديث لم أقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى (قال القاضي) ولقد حدثني الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة وانه استقر الى زماننا أو قريب من زماننا وخرج مسلم عن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قنت في صلاة الصبح ثم بلغنا انه ترك ذلك لما نزلت (ليس لك من الامر شيء أو يتوب عليهم) وخرج عن أبي هريرة انه قنت في الظهر والعشاء الاخيرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه الصلاة والسلام أنه قنت شهرا في صلاة الصبح يدعو على بني عصىة * واختلفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونؤمن بك ونخضع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم اياك نعبد ولك نصلي ونسجد واليك نسعى ونخضع نرجو رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك بالكافرين ملحق ويسمى أهل العراق السورتين ويروي أنها في مصحف أبي بن كعب . وقال الشافعي واسحاق بل يقنت باللهم اهدنا في هديت وعافنا في عافيت وقنا شر ما قضيت انك تقضي ولا يقضي عليك تبارك ربنا وتعاليت وهذا برويه الحسن بن علي من طرق ثابتة ان النبي عليه الصلاة والسلام علمه هذا الدعاء يقنت به في الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلي خلفه وقال قوم ليس في القنوت شيء موقوف .

﴿ الفصل الثاني ﴾

في الأفعال التي هي أركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل ثمان مسائل .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة في ثلاثة مواضع ، أحدها في حكمه ، والثاني في المواضع التي رفع فيها من الصلاة ، والثالث إلى أين ينتهي برفعها . فاما الحكم فذهب الجمهور إلى أنه سنة في الصلاة وذهب داود وجماعة من أصحابه إلى أن ذلك فرض وهؤلاء انقسموا أقساما فمنهم من أوجب ذلك في تكبيرة الإحرام فقط ومنهم من أوجب ذلك في الاستفتاح وعند الركوع أعني عند الانحطاط فيه وعند الارتفاع منه ومنهم من أوجب ذلك في هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع التي رفع فيها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبي هريرة الذي فيه تعليم فرائض الصلاة لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك أن حديث أبي هريرة أنما فيه أنه قال له وكبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره أنه كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة . وأما اختلافهم في المواضع التي ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثوري وسائر فقهاءهم إلى أنه لا يرفع المصلي يديه إلا عند تكبيرة الإحرام فقط وهي رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وجهو ر أهل الحديث وأهل الظاهر إلى الرفع عند تكبيرة الإحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروي عن مالك إلا أنه عند أولئك فرض وعند مالك سنة وذهب بعض أهل الحديث إلى رفعهما عند السجود وعند الرفع منه * والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك أن في ذلك أحاديث ، أحدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء ابن عازب أنه : كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الإحرام مرة واحدة لا يزيد عليها ، والحديث الثاني حديث سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضا كذلك وقال سمع الله لمن حمده بناولك الحمد وكان لا يفعل ذلك في السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا أنه روى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من أصحابه ، والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فن حمل الرفع هاهنا على أنه ندب أو فريضة فمنهم من اقتصر به على الإحرام فقط ترجيحاً لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك

لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع في الموضعين أعنى في الركوع وفي الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء أن الرفع فرضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان من رأيه أنه ندب حمل ذلك على الندب ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال انه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها الى بعض على ما في حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا في هذه الآثار مذهبين إمام ذهب الترجيح وإمام ذهب الجمع * والسبب في اختلافهم في حمل رفع اليدين في الصلاة هل هو على الندب أو على الفرض هو السبب الذي قلناه قبل من أن بعض الناس يرى أن الأصل في أفعاله صلى الله عليه وسلم أن تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى أن الأصل ألا يزداد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو إجماع أنه من فرائض الصلاة لا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشئ الواحد مرات كثيرة . وأما الحد الذي ترفع اليه اليدين فذهب بعضهم الى أنه المنكبان وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الأذنين وبه قال أبو حنيفة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الصدر وكل ذلك مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا أن أثبت ما في ذلك أنه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الأذنين أثبت من الرفع الى الصدر وأشهر .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ ذهب أبو حنيفة الى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضي أن يكون سنة أو واجبا اذ لم ينقل عنه نص في ذلك * والسبب في اختلافهم هل الواجب الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشئ الذي ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال في الركوع ومن كان الواجب عنده الأخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المتقدم للرجل الذي علمه فروض الصلاة : اركع حتى تطمئن راكعا وارفع حتى تطمئن رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضا وعلى هذا الحديث عول كل من رأى أن الأصل أن لا تحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام في سائر أفعال الصلاة مما لم ينص عليها في هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا المبرر وارفح اليدين فرضا ولا ماعدا تكبيرة الاحرام والقراءة من الاقاويل التي في الصلاة فتأمل هذا فإنه أصل مناقض للأصل الاول وهو سبب الخلاف في أكثر هذه المسائل .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يفضى باليدين الى

الأرض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى وجلس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والآخرى فقال في الوسطى بمثل قول أبي حنيفة وفي الآخرى بمثل قول مالك * وسبب اختلافهم في ذلك تعارض الآثار وذلك أن في ذلك ثلاثة آثار، أحدها وهو ثابت باتفاق حديث أبي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه الصلاة والسلام وفيه وإذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى وإذا جلس في الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعدته ، والثاني حديث وائل بن حجر وفيه أنه كان إذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث ما رواه مالك عن عبد الله بن عمر أنه قال إنما سنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثنى اليسرى وهو يدخل في المسند لقوله فيه : إنما سنة الصلاة وفي روايته عن القاسم بن محمد أنه أراهم الجلوس في التشهد فنصب رجله اليمنى وتثنى اليسرى وجلس على وركة اليسر ولم يجلس على قدمه ثم قال أراني هذا عبيد الله بن عبد الله بن عمر وحدثني أن أباه كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيح لحديث وائل وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث أبي حميد وذهب الطبري مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فإن الأفعال المختلفة أولى أن تحمل على التخيير منها على التعارض وإنما يتصور التعارض أكثر ذلك في الفعل مع القول أو في القول مع القول .

المسئلة الرابعة ﴿﴾ اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والآخرى فذهب الاكثر في الوسطى الى انها سنة وليست بفرض وشد قوم فقالوا انها ليست بفرض * والسبب في اختلافهم في الجلسة الأخيرة الى أنها فرض وشد قوم فقالوا انها ليست بفرض * والسبب في اختلافهم هو تعارض مفهوم الأحاديث وقياس إحدى الجليستين على الثانية وذلك أن في حديث أبي هريرة المتقدم : اجلس حتى تطمئن جالساً فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها فمن أخذ بهذا قال أن الجلوس كله فرض ولما جاء في حديث ابن بزيمة الثابت أنه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يحيرها وسجد لها وثبت عنه أنه أسقط ركعتين فخيرها وكذلك ركعة فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضاً باجماع فوجب ألا تكون الجلسة الوسطى فرضاً فهذا هو الذي أوجب أن فرق الفقهاء بين الجليستين وأما أن سجود السهوانما يكون للسنن دون الفروض ومن رأى أنها فرض قال السجود للجلسة الوسطى شئ يخصها دون سائر الفرائض وليس في ذلك

دليل على انها ليست بفرض . وأما من ذهب الى انها كليهما سنة فقياس الجلسة الأخيرة على الوسطى بعد ان اعتقد في الوسطى بالدليل الذي اعتقده الجمهور انها سنة فاذا السبب في اختلافهم هو في الحقيقة آيل الى معارضة الاستدلال لظاهر القول أو ظاهر الفعل فان من الناس أيضا من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة ان أفعاله عليه الصلاة والسلام عنده الاصل فيها أن تكون في الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فاذا الأصلان جميعا يقتضيان هاهنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه أكثر الجمهور من غير أن يكون له معارض الا القياس وأعني بالأصلين القول والعمل ولذلك أضعف الاقاويل من رأى ان الجلستين سنة والله أعلم وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير بأصبعه وانفق العلماء على أن هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة في الصلاة واختلفوا في تحريك الاصابع لاختلاف الأثر في ذلك والثابت انه كان يشير فقط .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف العلماء في وضع اليدين احدهما على الاخرى في الصلاة فذكره ذلك مالك في الفرض وأجازه في النفل ورأى قوم ان هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور * والسبب في اختلافهم انه قد جاءت آثار ثابتة قللت فيها صفة صلاته عليه الصلاة والسلام ولم ينقل فيها انه كان يضع يده اليمنى على اليسرى وثبت أيضا ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك أيضا من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام في حديث أبي حميد فرأى قوم ان الآثار التي أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التي لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب أن يصار إليها ورأى قوم ان الأوجب المصير الى الآثار التي ليس فيها هذه الزيادة لانها أكثر ولكون هذه ليست مناسبة لأفعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة ولذلك أجازها مالك في النفل ولم يحجزها في الفرض وقد يظهر من أمرها انها هيئة تقتضى الخضوع وهو الاولى بها .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختار قوم اذا كان الرجل في وتر من صلاته ألا ينهض حتى يستوى قاعدا واختار آخرون ان ينهض من سجوده نفسه وبالأول قال الشافعي وجماعة وبالثاني قال مالك وجماعة * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين مختلفين ، أحدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فاذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا وفي حديث أبي حميد في صفة صلاته عليه الصلاة والسلام انه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى قام ولم يتورك فأخذ بالحديث الاول الشافعي

وأخذ بالثاني مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه أو ركبتيه قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين * وسبب اختلافهم ان في حديث ابن حجر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه وعن أبي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال: اذا سجد أحدكم فلا يركع كما يركع البعير وليضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض أهل الحديث حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبي هريرة .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة أعضاء الوجه واليدين والركبتين وأطراف القدمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من تلك الأعضاء هل تبطل صلاته أم لا فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الأعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وأنه فقد سجد على وجهه * واختلفوا فيمن سجد على أحدهما فقال مالك ان سجد على جبهته دون أنفه جاز وان سجد على أنفه دون جبهته لم يحز وقال أبو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز الا ان يسجد عليهما جميعا * وسبب اختلافهم هل الواجب هو امثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله وذلك ان في حديث النبي عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس: أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء فذكر منها الوجه فمن رأى ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة أو الأنف أجزأه ومن رأى ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الأنف أجاز السجود على الجبهة دون الأنف وهذا كأنه تحديد للبعض الذي امثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين أبعاض الشيء فرأى ان بعضها يقوم في امثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فانه أصل في هذا الباب والاجاز لقائل أن يقول انه ان مس من أنفه الأرض مثقال خردلة تم سجوده وأما من رأى ان الواجب هو امثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والأنف والشافعي يقول ان هذا الاحتمال الذي من قبل اللفظ قد أزاله فعله عليه الصلاة والسلام وبينه فانه كان يسجد على الأنف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وأنفه أثر الطين والماء فوجب أن يكون فعله مفسر للحديث الجمل قال أبو عمر وابن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكر وافيته الأنف والجبهة (قال القاضي) أبو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط

وكلا الروايتين في كتاب مسلم وذلك حجة لما لك . واختلفوا أيضاً هل من شرط السجود أن تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذي يوضع عليه الوجه أم ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه وقالت جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم في السجود على طاقات العمامة وللناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالجواز وقول بالفرق بين أن يسجد على طاقات يسيرة من العمامة أو كثيرة وقول بالفرق بين أن يمس من جهته الأرض شيء أو لا يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود في المذهب وعند فقهاء المصارع وفي البخاري كانوا يسجدون على القلائس والعمائم واحتج من لم يرا براز اليمين في السجود بقول ابن عباس أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يسجد على سبعة أعضاء ولا تكفت ثوباً ولا شعراً أو قياساً على الركبتين وعلى الصلاة في الخفين ويمكن أن يجمع بهذا العموم في السجود على العمامة .

المسئلة الثامنة : انفق العلماء على كراهية الإقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهي أن يقعى لرجل في صلاته كما يقعى الكلب إلا أنهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رأى أن الإقعاء المنهى عنه هو جلوس الرجل على اليتية في الصلاة ناصباً أخذ به مثل إقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم أن هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة وقوم رأوا أن معنى الإقعاء الذي نهى عنه هو أن يجعل اليتية على عتبيه بين السجدين وأن يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر أنه ذكر أنه إنما كان يفعل ذلك لأنه كان يشتكى قدميه وأما ابن عباس فكان يقول الإقعاء على التدمين في السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرجته مسلم * وسبب اختلافهم هو تردد اسم الإقعاء المنهى عنه في الصلاة بين أن يدل على المعنى اللغوي أو يدل على معنى شرعي أعني على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رأى أنه يدل على المعنى اللغوي قال هو إقعاء الكلب ومن رأى أنه يدل على معنى شرعي قال إنما أريد بذلك إحدى هيئات الصلاة المنهى عنها ولما ثبت عن ابن عمر أن قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق إلى اعتقاده أن هذه الهيئة هي التي أريد بالإقعاء المنهى عنه وهذا ضعيف فإن الأسماء التي لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على المعنى اللغوي حتى يثبت لها معنى شرعي بخلاف الأسماء التي تثبت لها معان شرعية أعني أنه يجب أن يحمل على المعاني الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوي مع أنه قد عارض حديث ابن عمر في ذلك حديث ابن عباس .

﴿ الباب الثاني من الجملة الثالثة ﴾

وهذا الباب الكلام المحيط بقواعد فيه فصول سبعة، أحدها في معرفة حكم صلاة الجماعة، والثاني في معرفة شروط الإمامة ومن أولى بالتقدم وأحكام الامام الخاصة به، الثالث في مقام المأموم من الامام والاحكام الخاصة بالمأمومين، الرابع في معرفة ما يتبع فيه المأموم الامام مما ليس يتبعه، الخامس في صفة الانباع، السادس فيما يحمله الامام عن المأمومين، السابع في الاشياء التي اذا فسدت لها صلاة الامام يتعدى الفساد الى المأمومين .

﴿ الفصل الاول ﴾

في هذا الفصل مستلطان، احدهما هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء أم ليست بواجبة، المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه أن يصلي مع الجماعة الصلاة التي قد صلاها أم لا .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية وذهبت الظاهرية الى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف * والسبب في اختلافهم تعارض مناهجات الآثار في ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: صلاة الجماعة أفضل صلاة الفرد بخمس وعشرين درجة أو بسبع وعشرين درجة يعطى ان الصلاة في الجماعة من جنس المندوب اليه وكانها كمال زائد على الصلاة الواجبة فكانه قال عليه الصلاة والسلام: صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء وحديث الاعشى المشهور حين استأذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه الصلاة والسلام أسمع النداء قال نعم قال لا أجدر لك رخصة هو كالنص في وجوبها مع عدم العذر خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: والذي نفسي بيده لقد هممت أن آمر بحطب فيحطب ثم أمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلاً فيؤم الناس ثم أخلف الى رجال فأحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو يعلم أحد هم أنه يجحد عظماً سمياً أو امرأتين حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه: ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلط كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع وتأويل حديث

مخالفه وصرفه الى ظاهر الحديث الذي تمسك به قدام أهل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لا يتمتع أن تقع في الواجبات أنفسها أي ان صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تمارض بين الحديثين واحتجوا بذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم وأما أولئك فزعموا انه يمكن أن يحمل حديث الأعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذي يجب على من سمعه الا تيان اليه بانفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان أباه ريرة قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل أعمى فقال يا رسول الله انه ليس لي قائد يقودني الى المسجد فسأل رسول الله أن يرخص له فيصلي في بيته فرخص له فلما ولي دعاه فقال : هل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال : فأجب وظاهر هذا يبعد أن يفهم منه نداء الجمعة مع ان الا تيان الى صلاة الجمعة واجب على من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولا أعرف في ذلك خلافا وعارض هذا الحديث أيضاً حديث عتيان بن مالك المذكور في الموطأ وفيه ان عتيان بن مالك كان يؤم وهو أعمى وانه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيل وأنا رجل ضرير البصر فصل يا رسول الله في بيتي مكانا اتخذ مصلّي فجاءه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين تحب ان أصلي فإشارته الى مكان من البيت فصلي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الذي دخل المسجد وقد صلى لا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون صلى منفرداً وإما أن يكون صلى في جماعة فان كان صلى منفرداً فقال قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط ومن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر وقال الأوزاعي الا المغرب والصبح وقال أبو ثور الا العصر والفجر وقال الشافعي يعيد الصلوات كلها وانما انفقوا على إيجاب إعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بشر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه : مالك لم تصل مع الناس ألسنت برجل مسلم فقال بلى يا رسول الله ولكني صليت في أهلي فقال عليه الصلاة والسلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس أو بالدليل فن حمله على عموميه أوجب عليه إعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعي وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فانه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هي وتر فلما أعيدت لأشبهت صلاة الشفع التي ليست بوتر لأنها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت

تنتقل من جنسها الى جنس صلاة أخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان السلام قد فصل بين الأوتار وانتمسك بالعموم أقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس وأقوى من هذا ما قاله الكوفيون من انه اذا أعادها يكون قد أوتر مرتين وقد جاء في الأثر لا وتران في ليلة . وأما أبو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تكون له نقلا فان أعاد العصر يكون قد تنقل بعد العصر وقد جاء النهي عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بانها وتر والوتر لا يعاد وهذا قياس جيد ان سلم لهم الشافعي ان الصلاة الاخيرة لهم نقل وأما من فرق بين العصر والصبح في ذلك فلانه لم يختلف الآثار في النهي عن الصلاة بعد الصبح واختلقت في الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الاوزاعي وأما اذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة أخرى فأكثر الفقهاء على انه لا يعيد منهم مالك وأبو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد ومن قال بهذا الذول أحمد وداود وأهل الظاهر * والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا تصلي صلاة في يوم مرتين وروى عنه انه أمر الذين صلوا في جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وأيضا فان ظاهر حديث بسري يوجب الاعادة على كل مصلي اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والاكثر على انه اذا ورد العام على سبب خاص لا يقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة في الجماعة فذهب الناس في هذا إلى ان مذهب الجمع ومذهب الترجيح أمان مذهب مذهب الترجيح فانه أخذ بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا تصلي صلاة واحدة في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها . وأما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه الصلاة والسلام : لا تصلي صلاة في يوم مرتين اعاد ذلك أن لا يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد في كل واحدة منهما انها فرض بل يعتقد في الثانية انها زائدة على الفرض ولكنه مأمورها وقال قوم بل معنى هذا الحديث انما هو للمنفرد أعني أن لا يصلي الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين .

﴿ الفصل الثاني ﴾

(وفي هذا الفصل مسائل أربع)

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في من أولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم أفتهم لا أقرؤهم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد يؤم القوم أقرؤهم * والسبب في هذا

الاختلاف اختلاف فهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكريمه الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء في مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو أبو حنيفة ومنهم من فهم من الأقر إياه هنا الأئمة لانه زعم ان الحاجة الى الفقه في الامامة أمس من الحاجة الى القراءة وأيضا فان الأقر أمن الصحابة كان هو الأئمة ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم اذا كان قارئاً فأجاز ذلك قوم لعموم هذا الاثر ولحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبي ومنع ذلك قوم مطلقاً وأجازد قوم في النفل ولم يجزوه في الفريضة وهو مروي عن مالك * وسبب الخلاف في ذلك هل يؤم أحد في صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في امامة الفاسق فردها قوم باطلاق وأجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين أن يكون فسقه مقطوعاً به أو غير مقطوع به فمالوا ان كان فسقه مقطوعاً به أعاد الصلاة المصلى وراءه أبداً وان كان مظنوناً استحببت له الاعادة في الوقت وهذا الذي اختاره الا بهري تأولوا على المذهب ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذي يشرب التبيذ ويتأول أقوال أهل العراق فأجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجزوها وراء غير المتأول * وسبب اختلافهم في هذا انه شئ مسكوت عنه في الشرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الا صحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل عن المأموم أجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة واتهم الفاسق أن يكون يصلي صلاة فاسدة كما ينهم في الشهادة أن يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين أن يكون فسقه بتأويل أو بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين أن يكون فسقه مقطوعاً به أو غير مقطوع به لانه اذا كان مقطوعاً به فكأنه غير معذور في تأويله . وقد رام أهل الظاهر أن يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم أقرؤهم قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقاً من غير فاسق والاحتجاج بالعموم في غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه في شروط صحة الصلاة أو في أمور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا في إمامة المرأة فالجمهور على انه لا يجوز أن تؤم الرجال واختلفوا في امامتها النساء فاجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشاذ أبو ثور والطبري فأجازا امامتها على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على منعها أن تؤم الرجال لانه لو كان جائزاً لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه أيضاً لما كانت سننهن في الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوزهن التقدم عليهم لقوله عليه الصلاة والسلام : أخروهن حيث أخرهن الله ولذلك أجاز بعضهم امامتها النساء اذ كن متساويات في المرتبة في الصلاة مع انه أيضاً نقل ذلك عن بعض الصدر الاول ومن أجاز امامتها فانهما ذهب الى ما رواه أبو داود ومن حديث أم ورقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها في بيتها وجعل لها مؤذناً يؤذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها وفي هذا الباب مسائل كثيرة أعنى من اختلافهم في الصفات المشتركة في الامام تركنا ذكرها لكونها مسكوناً عنها في الشرع .

(قال القاضي) وقصدنا في هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة أو ماله تعلق قريب بالمسموع . وأما أحكام الامام الخاصة به فان في ذلك أربعة مسائل متعلقة بالمسموع ، احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم القرآن أم المأموم هو الذي يؤمن فقط ، والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام ، والثالثة اذا رجع عليه هل يفتح عليه أم لا ، والرابعة هل يجوز أن يكون موضعه أرفع من موضع المأمومين .

فأما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم الكتاب فان مالكا ذهب في رواية ابن القاسم عنه والمصريين انه لا يؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى انه يؤمن كالمأموم سواء وهي رواية المدنيين عن مالك * وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين الظاهر ، أحدهما حديث أبي هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا أمن الامام فأمنوا ، والحديث الثاني ما أخرجه مالك عن أبي هريرة أيضاً أنه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين . فاما الحديث الاول فهو نص في تأمين الامام وأما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن لما أمر المأموم بالتأمين عند الفراغ من أم الكتاب قبل أن يؤمن الامام لان الامام كما قال عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به الا أن يخص هذا من أقوال الامام أعنى أن يكون للمأموم أن يؤمن معه أو قبله فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذي رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعي وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصاً ولانه

ليس فيه شيء من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع تأمين المأموم فقط لا في هل يؤمن الامام أولاً يؤمن فتأمل هذا ويمكن أيضاً أن يتأول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله : فاذا أمن فأمّنوا أي فاذا بلغ موضع التأمين وقد قيل ان التأمين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم من الحديث الا بقياس أعني ان يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأمّنوا انه لا يؤمن الامام .

وأما ما قيل يحكي عن الامام فان قوماً قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل أن يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب أبي حنيفة والثوري وزفر * وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث أنس وحديث بلال . أما حديث أنس فقال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل أن يكبر في الصلاة فقال : أقيموا صفوفكم وتراصوا فاني أراكم من وراء ظهري وظاهر هذا ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ما روى عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر . وأما حديث بلال فانه روى انه كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول له يا رسول الله لا تسبقني بأمين خرجه الطحاوي قالوا فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والاقامة لم تتم .

وأما اختلافهم في الفتح على الامام اذا ارتج عليه فان مالك والشافعي وأكثر العلماء أجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون * وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تردد في آية فلما انصرف قال ابن أبي لم يكن في القوم أي يريد الفتح عليه وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا يفتح على الامام والخلاف في ذلك في الصدر الاول والمنع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور .

وأما موضع الامام فان قوماً أجازوا أن يكون أرفع من موضع المأمومين وقوم منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث الثابت انه عليه الصلاة والسلام : أم الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا أراد أن يسجد نزل من على المنبر ، والثاني ما رواه أبو داود : ان حذيفة أم الناس على دكان فاخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك أو ينهي عن ذلك .

وقد اختلفوا هل يجب على الامام أن ينوي الامامة أم لا فذهب قوم الى انه ليس ذلك
بواجب عليه لحديث ابن عباس : انه قام الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله
في الصلاة ورأى قوم أن هذا محتمل وانه لا بد من ذلك اذا كان يحمل بعض افعال الصلاة عن
المؤمنين وهذا على مذهب من يرى أن الامام يحمل فرضاً أو نقلاً عن المؤمنين .

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في مقام المؤمنين من الامام وأحكام المؤمنين الخاصة به وفي هذا الباب خمس مسائل)
﴿ المسئلة الاولى ﴾ جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام
لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه
واختلفوا اذا كانوا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى انهما يقومان خلف الامام
وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما والسبب في اختلافهم أن في ذلك
حديثين متعارضين ، أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال : قمت عن يسار رسول الله صلى
الله عليه وسلم فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء
فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بأيدينا جميعاً فدفعنا حتى قمنا خلفه ،
والحديث الثاني حديث ابن مسعود : انه صلى بعلقة والاسود فقام وسطهما وأسندته الى النبي
صلى الله عليه وسلم قال أبو عمر واختلف رواة هذا الحديث فبعضهم أوقفه وبعضهم أسنده
والصحيح انه موقوف . واما ان سنة المرأة أن تقف خلف الرجل أو الرجال ان كان هنالك
رجل سوى الامام أو خلف الامام ان كانت وحدها فلا أعلم في ذلك خلافاً لثبوت ذلك من
حديث أنس الذي خرجه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم : صلى به وبأمه أو خالته قال
فأقامني عن يمينه وأقام المرأة خلفنا والذي خرجه عنه أيضاً مالك انه قال فصفت أنا واليتم
وراءه عليه الصلاة والسلام والعجوز من ورائنا وسنة الواحد عند الجمهور أن يقف عن يمين
الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة وقال قوم بل عن يساره ولا خلاف في ان المرأة
الواحدة تصلي خلف الامام وانها ان كانت مع الرجل صلى الرجل الى جانب الامام والمرأة
خلفه .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ أجمع العلماء على أن الصف الاول مرغّب فيه وكذلك تراص الصفوف
وتسويتها لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا اذا صلى انسان
خلف الصف وحده فالجمهور على أن صلاته تجزى وقال أحمد وابونور وجماعة صلاته فاسدة

* وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو انه قال عليه الصلاة والسلام: لا صلاة لتأثم خلف الصف وكان الشافعي يرى أن هذا يعارضه قيام العجز وحدها خلف الصف في حديث أنس وكان احمد يقول ليس في ذلك حجة لان سنة النساء هي القيام خلف الرجال وكان أحمد كما قلنا يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة واجتمع الجمهور بحديث أبي بكر: انه ركع دون الصف فلم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعادة وقال له: زادك الله حرصاً ولا تعد ولو حمل هذا على الندب لم يكن تعارض أعني بين حديث وابصة وحديث أبي بكر .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الصدر الاول في الرجل يريد الصلاة فيسمع الإقامة هل يسرع المشي الى المسجد أم لا مخافة ان يفوته جزء من الصلاة فروى عن عمرو بن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون المشي اذا سمعوا الإقامة وروى عن زيد بن ثابت وابي ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لا يرون السعي بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وبهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث أبي هريرة الثابت: اذا ثوب بالصلاة فلا تأنوها وانتم تسعون وانوها وعليكم السكينة ويشبه أن يكون سبب الخلاف في ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث أو رأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) وقوله (والسابقون السابقون أولئك المقربون) وقوله (سارعوا الى مغفرة من ربكم) وبالجملة فأصول الشرع تشهد بالمبادرة الى الخير لكن اذا صح الحديث وجب ان تستثنى الصلاة من بين سائر أعمال القرب .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ متى يستحب أن يقام الى الصلاة فيمض استحسن البدء في أول الإقامة على الأصل في الترغيب في المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عند جى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحد في ذلك حداً كما لك رضى الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وايسر في هذا شرع مسموع الاحديث أبي قتادة انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قمت الصلاة فلا تقوموا حتى ترونى فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على اصلها المعفو عنه أعني انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل فحسن .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له أن يركع دون الصف الاول ثم يدب را كعاً وكره ذلك الشافعي وفرق أبو حنيفة بين الجماعة والواحد فكره للواحد وأجاز للجماعة وما ذهب اليه مالك مروي عن زيد بن ثابت وابن

مسعود * وسبب اختلافهم في تصحيح حديث أبي بكرة وهو انه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصلي بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من الساعي قال ابو بكرة انا قال : زادك الله حرصاً ولا تعد .

الفصل الرابع في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام

وأجمع العلماء على انه يجب على المأموم أن يتبع الامام في جميع أقواله وأفعاله الا في قوله سمع الله لمن حمده وفي جلوسه اذا صلى جالساً لمرض عند من أجاز إمامة الجالس . وأما اختلافهم في قوله سمع الله لمن حمده فان طائفة ذهبت الى ان الامام يقول اذا رفع رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط ويقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وغيرهما وذهبت طائفة أخرى الى أن الامام والمأموم يقولان جميعاً سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وان المأموم يتبع فيهما معاً الامام كسائر التكبير سواء وقد روى عن أبي حنيفة ان المنفرد والامام يقولانهم جميعاً ولا خلاف في المنفرد أعني انه يقولهما جميعاً * وسبب لاختلاف في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما حديث أنس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد ، والحديث الثاني حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضاً وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن رجع مفهوماً حديث أنس قل لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الامام ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق به ومن رجع حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب على المأموم أن يتبع الامام في قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله : انما جعل الامام ليؤتم به ومن جمع بين الحديثين فرق في ذلك بين الامام والمأموم والحق في ذلك ان حديث أنس يقتضي بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ربنا ولك الحمد وان المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث ابن عمر يقتضي نصاً ان الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص بدليل الخطاب فان النص أقوى من دليل الخطاب وحديث أنس يقتضي بعمومه أن المأموم يقول سمع الله لمن حمده بعموم قوله : انما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه ان لا يقولها فوجب ان يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف أن العموم أقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف أيضاً في القوة والضعف ولذلك ليس ببعيد أن يكون بعض أدلة الخطاب

أقوى من بعض أدلة العموم فالمسئلة لعمرى اجتهادية أعني في المأموم .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي صلاة القاع فم خلف القاعد فان حصل القول فيها أن العلماء اتفقوا على أنه ليس للصحيح أن يصلي فرضاً قاعداً اذا كان منفرداً أو اماماً لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) واختلفوا اذا كان المأموم صحيحاً فصلى خلف امام مريض يصلي قاعداً على ثلاثة أقوال ، أحدها ان المأموم يصلي خلفه قاعداً أو ممن قال بهذا القول احمد واسحق ، والقول الثاني انهم يصلون خلفه قياماً قال ابو عمرو بن عبد البر وعلى هذا جماعة فقهاء الامصار الشافعي وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه واهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فتالوا يصلون وراءه قياماً وان كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يومي أيماء . وروى ابن القاسم أنه لا تجوز امامة القاعد وأنه ان صلوا خلفه قياماً أو قعوداً بطلت صلاتهم وقد روى عن مالك انهم يعيدون الصلاة في الوقت وهذا انما ينبي على الكراهة لا على المنع والاول هو المشهور عنه * وسبب الاختلاف تعارض الآثار في ذلك ومعارضة العمل للآثار أعني عمل أهل المدينة عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما حديث أنس : وهو قوله عليه الصلاة والسلام : واذا صلى قاعداً فصلوا قعوداً وحديث عائشة في معناه وهو انه صلى صلى الله عليه وسلم وهو سائل جالساً وصلى وراءه قوم قياماً فإشار إليهم ان اجلسوا فلما انصرف قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا صلى جالساً فصلوا جالساً ، والحديث الثاني حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في مرضه الذي توفي منه فأنى المسجد فوجد أبا بكر وهو قائم يصلي بالناس فاستأخر أبو بكر فأشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كما انت فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم الى جنب ابى بكر فكان أبو بكر يصلي بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة أبى بكر فذهب الناس في هذين الحديثين مذهبين مذهب النسخ ومذهب الترجيح . فأما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤم الناس وان ابا بكر كان مسجداً لأنه لا يجوز أن يكون اماماً في صلاة واحدة وان الناس كانوا قياماً وأن النبي صلى الله عليه وسلم كان جالساً فوجب أن يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام اذ كان آخر فعله ناسخاً لقوله وفعله المتقدم . وأما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث أنس بان قالوا ان هذا الحديث قد اضطررت الرواية عن عائشة فيه فبين كان الامام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر وأما مالك فليس له مستند من السماع لان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة القاعد وانما اختلفا في قيام المأموم أو قعوده حتى انه لند قال أبو محمد بن حزم

انه ليس في حديث عائشة أن الناس صلوا لا قياماً ولا قعوداً وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشيء لم ينص عليه قال ابو عمرو وقد ذكر ابو المصعب في مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس أحد قاعداً فان أهم قاعد أفسدت صلاتهم وصلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يؤمن أحد بعدى قاعد أقال أبو عمرو وهذا حديث لا يصح عنده اهل العلم بالحديث لانه يرويه جابر الجعفي مرسل وليس بحجة فيما اسند فكيف فيما أرسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحتج بما رواه ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان أبو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بصلاة أبي بكر وقال : ماتت نبي حتى يؤمه رجل من امته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه ائتم بآبي بكر لانه لا تجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لا يجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث .

﴿ الفصل الخامس في صفة الاتباع ﴾

وفيه مسألان ، أحدهما في وقت تكبيرة الاحرام للماموم ، والثانية في حكم من رفع رأسه قبل الامام . أما اختلافهم في وقت تكبير الماموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبر معه أجزاءه وقد قيل انه لا يجزئه وأما ان يكبره فلا يجزئه وقال أبو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزئه وأما الشافعي فعنه في ذلك روايتان ، إحداهما مثل قول مالك وهو الاشهر ، والثانية ان الماموم ان كبر قبل الامام أجزاءه * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام : فإذا كبر فكبروا ، والثاني ما روى انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه اثر الماء فظاهر هذا ان تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير أو لا لمكان عدم الطهارة وهو أيضاً مبني على أصله في أن صلاة الماموم غير مرتبطة بصلاة الامام والحديث ليس فيه ذكر هل استأثقوا التكبير أو لم يستأثروه فليس ينبغي ان يحمل على أحدهما الابتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد ان يتقدم الامام إماماً بالتكبير وإماماً بفتتاحه وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه أن يرجع فيتبع الامام وذهب قوم الى أن صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أما يخاف الذي يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار .

﴿ الفصل السادس ﴾

واتقوا حتى لا يحمل الامام عن الماموم شيئاً من فرائض الصلاة ما عدا القراءة فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال ، أحدها ان الماموم يقرأ مع الامام فيما أسرفيه ولا يقرأ معه فيما جهر به ، والثاني انه لا يقرأ معه أصلاً ، والثالث انه يقرأ فيما أسرأ الكتاب وغيرها وفيما جهر أم الكتاب فقط وبعضهم فرق في الجهر بين ان يسمع قراءة الامام أولاً يسمع فاجب عليه القراءة اذا لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالأول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما أسرفيه الامام والثاني قال أبو حنيفة والثالث قال الشافعي والفرقة بين ان يسمع أولاً يسمع هو قول احمد بن حنبل * والسبب في اختلافهم اختلاف الاحاديث في هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان في ذلك أربعة أحاديث ، أحدها قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بقراءة الكتاب وما ورد من الاحاديث في هذا المعنى مما قد ذكرناه في باب وجوب القراءة ، والثاني ما روى مالك عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأتمى منكم أحداً نقأ فقال رجل نعم انا يا رسول الله فقال رسول الله : انى أقول ما لى أنازع القرآن فأنتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والثالث حديث عبادة بن الصامت قال : صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال : انى لأراكم تقرأون وراء الامام قلنا نعم قال فلا تفعلوا الا بأمر القرآن قال أبو عمر وحديث عبادة بن الصامت هذا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح ، والحديث الرابع حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : من كان له امام فقرأت له قراءة وفي هذا أيضاً حديث خامس صححه احمد بن حنبل وهو ما روى انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قرأ الامام فانصتوا فاختلف الناس في وجه جمع هذه الاحاديث فن الناس من استثنى من النهى عن القراءة فيما جهر فيه الامام قراءة أم القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بقراءة الكتاب الماموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهى الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الامام في حديث أبي هريرة وأكذلك بظاهر قوله تعالى (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) قالوا وهذا انما ورد في الصلاة ومنهم من استثنى

القراءة الواجبة على المصلي المأموم فقط سراً كانت الصلاة أوجهاً أو جعل الوجوب الوارد في القراءة في حق الإمام والمنفرد فقط مصيراً إلى حديث جابر وهو مذهب أبي حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصاً لقوله عليه الصلاة والسلام : «أقرأ ما تيسر منك فقط» لأنه لا يرى وجوب قراءة أم القرآن في الصلاة وإنما يرى وجوب القراءة مطلقاً على ما تقدم وحديث جابر لم يروه مرفوعاً إلا جابر الجعفي ولا حجة في شيء مما ينفرده قال أبو عمرو وهو حديث لا يصح إلا مرفوعاً عن جابر .

﴿الفصل السابع﴾

واتفقوا على أنه إذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فقطع أن صلاة المأمومين ليست تفسد واختلفوا إذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم بين أن يكون الإمام عالماً بجنبته أو ناسياً لها فقالوا إن كان عالماً فسدت صلاتهم وإن كان ناسياً لم تفسد صلاتهم وبالأول قال الشافعي والثاني قال أبو حنيفة وبالثالث قال مالك * وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الإمام أم ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين السهو والعمد قصد إلى ظاهر الأمر المتقدم وهو أنه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم أشار إليهم أن أمكثوا فذهب ثم رجع وعلى جسمه أثر الماء فإن ظاهر هذا أنهم ينو على صلاتهم والشافعي يرى أنه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم أن يبدؤا بالصلاة مرة ثانية .

﴿الباب الثالث من الجملة الثالثة﴾

والكلام المحيط بتواعد هذا الباب منحصر في أربعة فصول ، الفصل الأول في وجوب الجمعة وعلى من تجب ، الثاني في شروط الجمعة ، الثالث في أركان الجمعة ، الرابع في أحكام الجمعة .

﴿الفصل الأول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه﴾

أما وجوب صلاة الجمعة على الأعيان فهو الذي عليه الجمهور لكونها بدلاً من واجب وهو الظهر ولظاهر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا

الى ذكر الله وذروا البيع) والا مر على الوجوب ولقوله عليه الصلاة والسلام: لينتمين اقوام عن ودعهم الجمعات أوليختمن الله على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة انها سنة * والسبب في هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه الصلاة والسلام: ان هذا يوم جعله الله عيداً . وأما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائداً عليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما . أما المتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من أهل الجمعة ، وأما المختلف فيهما فهما المسافر والعبد فالجمهور على انه لا تجب عليهما الجمعة وداود وأصحابه على انه تجب عليهما الجمعة * وسبب اختلاف فهم اختلافهم في صحة الأثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الا اربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض وفي أخرى الا خمسة وفيه أو مسافر والحديث لم يصح عند أكثر العلماء .

(الفصل الثاني في شروط الجمعة)

وأما شروط الجمعة فانفقوا على انها شروط الصلاة المفروضة بعينها أعني الثمانية المتقدمة ماءدا الوقت والاذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة بهما . أما الوقت فان الجمهور على أن وقتها وقت الظهور بعينه أعني وقت الزوال وانها لا تجوز قبل الزوال وذهب قوم الى انه يجوز أن يصلى قبل الزوال وهو قول احمد بن حنبل * والسبب في هذا الاختلاف الاختلاف في مفهوم الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرجه البخاري عن سهل بن سعد انه قال : ما كنا نتعدى بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقبل الا بعد الجمعة ومثل ما روى انهم كانوا يصلون وينصرفون وماثل جدران إظهار لمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ومن لم يفهم منها الا التبكير فقط لم يحز ذلك إشلا تعارض الاصول في هذا الباب وذلك انه قد ثبت من حديث انس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم : كان يصلى الجمعة حين تميل الشمس وايضاً فانها لما كانت بدلا من الظهور وجب أن يكون وقتها وقت الظهور فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار أن تحمل تلك على التبكير اذ ليست نصاً في الصلاة قبل الزوال وهو الذي عليه الجمهور . وأما الاذان فان جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو إذا جلس الامام على المنبر . واختلفوا هل يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط أو أكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط وهو الذي يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل

يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل انما يؤذن ثلاثة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه روى البخارى عن السائب بن يزيد انه قال : كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروى ايضا عن السائب بن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى ايضا عن سعيد بن المسيب انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر اذا نأ واحد احين يخرج الامام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الاذان الاول لينها الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم الى ظاهر ما رواه البخارى وقالوا يؤذن يوم الجمعة مؤذنان وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثانى هو الاقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند أهل الحديث ضعيفة ولا سيما فيها تردده . وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلقوا في مقدار الجماعة فمنهم من قال واحد مع الامام وهو الطبرى ومنهم من قال اثنان سوى الامام ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول ابى حنيفة ومنهم من اشترط أربعين وهو قول الشافعى وأحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عدداً ولكن رأى انه يجوز بمادون الاربعين ولا يجوز بالثلاثة والاربعة وهو مذهب مالك وحدهم بانهم الذين يمكن ان تتقرب بهم قرية * وسبب اختلافهم في هذا اختلافهم في اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أو اثنان وهل الامام داخل فيهم أم ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط في هذه الصلاة هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع أو ما ينطلق عليه اسم الجمع في غالب الاحوال وذلك هو اكثر من الثلاثة والاربعة فن ذهب الى ان الشرط في ذلك هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام في الجمع المشترط في ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الامام وواحد ثان وان كان ممن لا يرى ان يعد الامام في الجمع قال تقوم باثنين سوى الامام ومن كان أيضاً عنده ان اقل الجمع ثلاثة فان كان لا يعد الامام في جملة من قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام في جملة من وافق قول من قال اقل الجمع اثنان ولم يعد الامام في جملة من وافق ما ينطلق عليه في الاكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا تنعقد بالاثنتين ولا بالاربعة ولم يحذف ذلك حداً ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكنهم أن

يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله وأما من اشترط الاربعين فصيراً الى ما روى ان هذا العدد كان في أول جمعة صليت بالناس فهذا هو أحد شروط صلاة الجمعة أعني شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ما هي شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الأمرين جميعاً أعني انها شروط وجوب وشروط صحة . وأما الشرط الثاني وهو الاستيطان فان فتهاه الامصارا تفقوا عليه لا تفاهم على أن الجمعة لا تجب على مسافر وخالف في ذلك اهل الظاهر لا يجازيهم الجمعة على المسافر واشترط أبو حنيفة المصر والسفطان مع هذا ولم يشترط العدد * وسبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المتطرق الى الاحوال الاربعة التي اقترنت بهذه الصلاة عند فعله اياها صلى الله عليه وسلم هل هي شرط في صحتها أو وجوبها أم ليست بشرط وذلك انه لم يصلها صلى الله عليه وسلم الا في جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رأى أن اقتران هذه الاشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطاً في صلاة الجمعة اشترطها ومن رأى بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشترط مالك المسجد ور كاشترط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا في مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان في مصر واحد أو لا تقام * والسبب في اختلافهم في اشترط الاحوال والافعال المقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال أشد مناسبة لفعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشترط الجماعة اذ كان معلوماً من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة في الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطاً في ذلك لكونه غير مناسب لحوال الصلاة ورأى المسجد شرطاً لكونه أقرب مناسبة حتى لند اختلف المتأخرون من اصحابه هل من شرط المسجد السقف أم لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه أم لا وهذا كله لعله تعمق في هذا الباب ودين الله بسر ولذا نل أن يقول ان هذه لو كانت شروطاً في صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى (لتبين للناس ما نزل اليهم) ولقوله تعالى (ولتبين لهم الذي اختلفوا فيه) والله المرشد للصواب .

﴿ الفصل الثالث في الاركان ﴾

اتفق المسلمون على انها خطبة وركعتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك في خمس مسائل هي قواعد هذا الباب

﴿ المسئلة الاولى ﴾ في الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن وقال أقوام انها ليست بفرض وجمهور اصحاب مالك على

انها فرض الابن الما جشون * وسبب اختلافهم هو هل الاصل المتقدم من احتمال كل ما اقترن بهذه الصلاة أن يكون من شروطها أولا يكون فمن رأى ان الخطبة حال من الاحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توهما عاوض من الركعتين اللتين نقصتا من هذه الصلاة قال انها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط في صحتها ومن رأى ان المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رأى انها ليست شرطا من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف هذه الخطبة هل هي فرض أم لا لكونها رتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالى (فاسعوا الى ذكر الله) وقالوا هو الخطبة .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المجزئ منها فتال ابن القاسم هو أقل ما ينطلق اسم خطبة في كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدأ بحمد الله وقال الشافعي أقل ما يجزئ من ذلك خطبتان اثنتان يكون في كل واحدة منهما قائما بفصل احدهما من الاخرى بجملة خفيفة بحمد الله في كل واحدة منهما في أولها ويصلى على النبي ويوصى بتقوى الله ويقرأ شيئا من القرآن في الاولى ويدعو في الآخرة * والسبب في اختلافهم هو هل يجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أو الاسم الشرعي فمن رأى أن المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي لم يشترط فيها شيئا من الاقوال التي نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها ومن رأى أن المجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعي اشترط فيها أصول الاقوال التي نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعني الاقوال الرتبة الغير مبذلة * والسبب في هذا الاختلاف أن الخطبة التي نقلت عنه فيها اقوال رتبة وغير رتبة فمن اعتبر الاقوال الغير رتبة وغلب حكمها قال يكفي من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أعني اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الاقوال الرتبة وغلب حكمها قال لا يجزئ من ذلك الا أقل ما ينطلق عليه اسم الخطبة في عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعي وذلك انه من اعتبر المعنى المعتبر منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطا ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطا .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة أقوال، فمنهم من رأى أن الانصات واجب على كل حال وانه حكم لا يزم من أحكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة أقسام فبعضهم أمأجاز التسميت ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثوري والاوزاعي وغيرهم وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التسميت وبعض فرق بين السلام والتسميت فقالوا

برد السلام ولا يشمت والقول الثاني مقابل القول الاول وهو أن الكلام في حال الخطبة جائز
 الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروي عن الشعبي وسعيد بن جبير وابراهيم النخعي والقول
 الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة أولا يسمعها فان سمعها أنصت وان لم يسمع جازله أن
 يسبح أو يتكلم في مسئلة من العلم وبه قال احمد وعطاء وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم يفسد
 صلاته وروى عن ابن وهب انه قال من انا فصلاته ظهر اربع وانما صار الجمهور لوجوب
 الانصات لحديث أبي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال: اذا قلت لصاحبك أنصت
 يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت وأما من لم يوجبه فلا أعلم لهم شبهة الا أن يكونوا يرون أن
 هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب في قوله تعالى (واذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا
 لعلكم ترحمون) أي أن ما عدا القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله
 أعلم والاشبه أن يكون هذا الحديث لم يصلهم * وأما اختلافهم في رد السلام وتشميت
 العاطس فالسبب فيه تعارض عموم الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال ان يكون
 كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الامر بالصمت يوم الجمعة الامر
 بالسلام والتشميت أجازهما ومن استثنى من عموم الامر برد السلام والتشميت الامر
 بالصمت في حين الخطبة لم يحجز ذلك ومن فرق فانه استثنى رد السلام من النهي عن التكلم
 في الخطبة واستثنى من عموم الامر التشميت وقت الخطبة وانما ذهب واحد واحد من
 هؤلاء الى واحد واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم في أحدها
 وضعفه في الآخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت والامر
 برد السلام والتشميت هو عام في الوقت خاص في الكلام فمن استثنى الزمان الخاص
 من الكلام العام لم يحجز رد السلام ولا التشميت في وقت الخطبة ومن استثنى الكلام
 الخاص من النهي عن الكلام العام أجاز ذلك والصواب ألا يصار لاستثناء أحد العمومين
 بأحد الخصوصين الا بدليل فان عسر ذلك فبالنظر في ترجيح العمومات والخصوصات
 وترجيح تأكيد الامر بها والقول في تنصيص ذلك بطول ولكن معرفة ذلك بإيجاز أنه
 ان كانت الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هنالك
 دليل على أي يستثنى من أي وقع التمايز ضرورة وهذا يتل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح
 في العمومات والخصوصات الواقعة في أمثال هذه المواضع هو النظر الى جميع أقسام النسب
 الواقعة بين الخصوصيين والعموميين وهي أربع عموميات في مرتبة واحدة من القوة
 وخصوصان في مرتبة واحدة من القوة فهذا لا يصار لاستثناء أحدهما الا بدليل، الثاني مقابل

هذا وهو خصوص في نهاية القوة وعموم في نهاية الضعف فهذا يجب أن يصار اليه ولا بد أعني أن يستثنى من العموم الخصوص، الثالث خصوصان في مرتبة واحدة وأحد العمومين أضعف من الثاني فهذا ينبغي أن يخص فيه العموم الضعيف، الرابع عمومان في مرتبة واحدة وأحد الخصوصين أقوى من الثاني فهذا يجب أن يكون الحكم فيه للخصوص القوي وهذا كله إذا تساوت الأوامر فيها في مفهوم التأكيذ فان اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المتباينة أيضاً بين قوة الألفاظ وقوة الأوامر ولعسر انضباط هذه الأشياء قيل ان كل مجتهد مصيب أو أقل ذلك غير مأثوم .

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا فمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع أم لا فذهب بعض الى أنه لا يركع وهو مذهب مالك وذهب بعضهم الى أنه يركع * والسبب في اختلافهم معارضة القياس لعموم الأمر وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب ان يركع الداخل في المسجد يوم الجمعة وان كان الامام يخطب والامر بالا نصات الى الخطيب يوجب دليله ألا يشتغل بشئ مما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الأمر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء أحدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين خرجه مسلم في بعض رواياته وأكثر رواياته أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل ان يركع ولم يقل اذا جاء أحدكم الحديث فيتطرق الى هذا الخلاف في هل تقبل زيادة الراوى الواحد اذا خالفه أصحابه عن الشيخ الاول الذى اجتمعوا فى الرواية عنه أم لا فن سحت الزيادة ووجب العمل بها فانها نص في موضع الخلاف والنص لا يجب أن يعارض بالقياس لكن يشبه أن يكون الذى راعاه مالك في هذا هو العمل

﴿المسئلة الخامسة﴾ أكثر الفقهاء على ان من سنة القراءة فى صلاة الجمعة قراءة سورة

الجمعة فى الركعة الاولى لما ذكر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه خرج مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان يقرأ فى الركعة الاولى بالجمعة وفى الثانية بأذا جاءك المنافقون وروى مالك ان الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل أناك حديث الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح اسم ربك الاعلى كان حسناً لانه مروى عن عمر بن عبد العزيز وأما ابو حنيفة فلم يقف فيها شيئاً * والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس يوجب ألا يكون لها سورة راتبة كالحال فى سائر الصلوات ودليل الفعل يقتضى أن يكون لها سورة راتبة (قال القاضى) خرج مسلم عن

النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى وهل أتاك حديث الغاشية قال فإذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة راتبة وإن الجمعة ليس كان يقرأ بها دائماً .

* (الفصل الرابع في أحكام الجمعة) *

وفي هذا الباب أربع مسائل ، الأولى في حكم طهر الجمعة ، الثانية على من تجب من خارج المصر ، الثالثة في وقت الرواح المرغب فيه إلى الجمعة ، الرابعة في جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء .

المسألة الأولى : اختلفوا في طهر الجمعة فذهب الجمهور إلى أنه سنة وذهب أهل الظاهر إلى أنه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطاً في صحة الصلاة * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك أن في هذا الباب حديث أبي سعيد الخدري وهو قوله عليه الصلاة والسلام : طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت : كان الناس عمال أنفسهم فيروحون إلى الجمعة بهيئتهم قليل لو اغتسلوا والا أول صحيح باتفاق والثاني خرجه أبو داود ومسلم وظاهر حديث أبي سعيد يقتضي وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة أن ذلك كان لموضع النظافة وأنه ليس بعبادة وقد روى : من توضأ يوم الجمعة فيها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل وهو نص في سقوط فرضيته إلا أنه حديث ضعيف .

وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فإن قوماً قالوا لا تجب على من خارج المصر وقوم قالوا بل تجب وهؤلاء اختلفوا اختلافاً كثيراً فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان إليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الاتيان إليها على ثلاثة أميال ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الأغلب وذلك من ثلاثة أميال من موضع النداء وهذا القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت في شروط الوجوب * وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار وذلك أنه ورد أن الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالي في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة أميال من المدينة وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : الجمعة على من سمع النداء وروى : الجمعة على من آواه الليل إلى أهله وهو أثر ضعيف .

وأما اختلافهم في الساعات التي وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه الصلاة والسلام : من راح في الساعة الأولى فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكانما قرب كبشاً ومن راح في الساعة الرابعة فكانما

قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكانا قرب بيضة فان الشافعي وجماعة من العلماء اعتقدوا أن هذه الساعات هي ساعات النهار فندبو الى الرواح من أول النهار وذهب مالك الى انها أجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعدة . وقال قوم هي أجزاء ساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعي بعد الزوال الاعلى مذهب من يرى ان الواجب يدخله الفضيلة .
وأما اختلافهم في البيع والشراء وقت النداء فان قوما قالوا يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء وقوما قالوا لا يفسخ * وسبب اختلافهم هل النهي عن الشيء الذي أصله مباح اذا تنقيد النهي بصفة يعود بفساد المنهي عنه أم لا . وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الاثر بذلك .

﴿ الباب الرابع في صلاة السفر ﴾

﴿ وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في القصر الفصل الثاني في الجمع ﴾

﴿ الفصل الاول في القصر ﴾

والسفر له تأثير في القصر بانفاق وفي الجمع باختلاف . اما القصر فانه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهو قول عائشة . وهو أن القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقالوا ان النبي عليه الصلاة والسلام إنما قصر لانه كان خائفاً . واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع . أحدها في حكم القصر . والثاني في المسافة التي يجب فيها القصر . والثالث في السفر الذي يجب فيه القصر . والرابع في الموضع الذي يبدأ منه المسافر بالتقصير . والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع أن يقصر الصلاة .

فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال فمنهم من رأى أن القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ومنهم من رأى أن القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار في واجب الكفارة ومنهم من رأى أن القصر سنة ومنهم من رأى أنه رخصة وان الاتمام أفضل وبالقول الاول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بأسرهم أعني أنه فرض متعين وبالثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعني أنه سنة قال مالك في أشهر الروايات عنه وبالرابع أعني أنه رخصة قال الشافعي في أشهر الروايات عنه وهو المتصور عند أصحابه * والسبب في اختلافهم ما رضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المتقول وما رضة دليل العمل ايضاً للمعنى

المعتول ولصيغة اللفظ المنقول وذلك ان المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطرو في أشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن أمية قال قلت لعمر : انما قال الله (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) يريد في قصر الصلاة في السفر فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته ففهوم هذا الرخصة وحديث أبي قلابة عن رجل من بني عامر أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي : ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وهما في الصحيح وهذا كل يدل على التخييف والرخصة ورفع الحرج لان القصر هو الواجب ولا أنه سنة وأما الاثر الذي يعارض بصيغته المعنى المعتول ومفهوم هذه الآثار حديث عائشة الثابت باتفاق قالت : فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد في صلاة الخضر واما دليل الفعل الذي يعارض المعنى المعتول ومفهوم الاثر المنقول فانه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة في كل اسفاره وأنه لم يصح عنه عليه الصلاة والسلام انه أتم الصلاة قط فمن ذهب الى أنه سنة أو واجب مخير فانه حمله على ذلك انه لم يصح عنده ان النبي عليه الصلاة والسلام أتم الصلاة وما هذا شأنه فقد يجب أن يكون أحد الوجهين أعني اما واجباً بخيراً واما أن يكون سنة واما ان يكون فرضاً معيناً لكن كونه فرضاً معيناً يعارضه المعنى المعتول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب أن يكون واجباً بخيراً أو سنة وكان هذا نوعان طريق الجمع وقد اختلفوا الحديث عائشة بالمشهور عنها من أنها كانت تنم وروى عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم : كان يتم الصلاة في السفر ويقتصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويمجل العصر ويؤخر المغرب ويمجل العشاء ومما يعارضه أيضاً حديث أنس وأبي نعيم المكي قال : اصطحب أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقتصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في إتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضع الاول .

وأما اختلافهم في الموضع الثاني وهي المسافة التي يجوز فيها القصر فان العلماء اختلفوا في ذلك أيضاً اختلافًا كثيراً فذهب مالك والشافعي وأحمد وجماعة كثيرة الى أن الصلاة تقتصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط . وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون أقل ما تقتصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وان القصر انما هو لمن صار من افق الى افق وقال أهل الظاهر القصر في كل سفر قريباً كان أو بعيداً والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعتول من ذلك اللفظ وذلك

ان المعقول من تأثير السفر في القصر انه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره في الصوم واذا كان الامر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة وأما من لا يراعى في ذلك الا اللفظ فقط فقالوا قد قال النبي عليه الصلاة والسلام: ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من انطلق عليه اسم مسافر جازله القصر والفطر وأيدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبي عليه الصلاة والسلام: كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلاً . وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا ان النبي انما قصر لانه كان خائفاً وأما اختلاف أولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة في ذلك وذلك ان مذهب الاربعة برد مروى عن ابن عمر وابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضاً عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما .

وأما الموضع الثالث وهو اختلافهم في نوع السفر الذي تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك متمصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد ومن قال بهذا القول أحمد ومنهم من اجازه في السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعي ومنهم من اجازه في كل سفر قرب به كان أو مباحاً ومعصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأبو ثور * والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا في السفر المتقرب به لان النبي عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط الا في سفر متقرب به ، وأما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخص للعصاة أم لا وهذه مسألة عارض فيها اللفظ المعنى فاختلف الناس فيها لذلك .

وأما الموضع الرابع وهو اختلافهم في الموضع الذي منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة فان مالكاً قال في الموطأ لا يقصر الصلاة الذي يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل أول بيوتها وقدرى عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها نحو ثلاثة أميال وذلك عنده اقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر في إحدى الروايتين عنه وبالقول الاول قال الجمهور * والسبب في هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع في السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل أعنى فعله

عليه الصلاة والسلام قال لا يقصر الا اذا خرج من ميوت القرية بثلاثة أميال لما صح من حديث أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم : اذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين .

واما اختلافهم في الزمان الذي يجوز للمسافر اذا أقام فيه في بلد أن يقصر فاختلاف كثير حكى فيه أبو عمر نحو ما من أحد عشر قولاً الا ان الأشهر منها هو ما عليه فقهاء المصابر ولهم في ذلك ثلاثة أقوال . أحدها مذهب مالك والشافعي انه اذا أزمع المسافر على إقامة أربعة أيام أو خمسة . والثاني مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري انه اذا أزمع على إقامة خمسة عشر يوماً أو ثلث مذهب أحمد وداود انه اذا أزمع على أكثر من أربعة أيام أو خمسة وسبب الخلاف انه أمر مسكوت عنه في الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم ان يستدلوا المذهبهم من الاحوال التي نقلت عنه عليه الصلاة والسلام انه أقام فيها مقصراً أو انه جعل لها حكم المسافر . فالقرين الاول احتجوا المذهبهم بما روى انه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة ثلاثاً يقصر في عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وانما فيه حجة على انه يتصرف في الثلاثة فادونها . والقرين الثاني احتجوا المذهبهم بما روى : انه أقام بمكة عام الفتح مقصراً وذلك نحو ما من خمسة عشر يوماً في بعض الروايات وقد روى سبعة عشر يوماً وثمانية عشر يوماً وتسعة عشر يوماً رواه البخاري عن ابن عباس وبكل قال فريق . والقرين الثالث احتجوا بمقامه في حجة بمكة مقصراً أربعة أيام وقد احتجت المالكية لمذهبها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على ان إقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهي النكسة التي ذهب الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه الصلاة والسلام أعني متى يرتفع عنه بقصد الإقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الإقامة مدة لا يرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأي واحد منهم في تلك المدة وعاقه عائق عن السفر انه يقصر أبداً وان أقام ما شاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تأول مقامه في الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلاً ان الخمسة عشر يوماً التي أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح انما أقامها وهو أبداً بنوى انه لا يقيم أربعة أيام وهذا بعينه يلزمهم في الزمان الذي حدوه والاشبه بالجهت في هذا أن يسلك أحد أمرين إما أن يجعل الحكم لاكثر الزمان الذي روى عنه عليه الصلاة والسلام انه أقام فيه مقصراً أو يجعل ذلك حداً من جهة ان الاصل هو الاتمام فوجب

ألا يزداد على هذا الزمان البديل أو يقول ان الاصل في هذا هو أقل الزمان الذي وقع عليه
الاجماع وما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام اقام متصراً أكثر من ذلك الزمان فيحدث أن
يكون اقامه لانه جائز للمسافر ويحتمل أن يكون اقامه بنية الزمان الذي تجوز اقامته فيه مقصراً
باتفاق فغرضه ان أقام أكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التمسك بالاصل وأقل
ما قيل في ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن وروى عن الحسن البصري
ان المسافر يقصر أبداً الا ان يقدم مصرأً من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه
حتى يقدم مصرأً من الامصار فهذا أمهات المسائل التي تتعلق بالقصر .

﴿ النصل الثاني في الجمع ﴾

واما الجمع فانه يتعلق به مسائل ثلاثة ، أحدها جواز ، والثانية في صفة الجمع ، والثالثة في
مبيحات الجمع .

اما جوازه فانهم أجمعوا على ان الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة . وبين
المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضاً في وقت العشاء سنة أيضاً واختلفوا في الجمع في غير هذين
المكانين فجازده الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من التي لا يجوز ومنعه
أبو حنيفة وأصحابه باطلاق * وسبب اختلافهم أولاً اختلافهم في تأويل الآثار التي رويت
في الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لانها كلها افعال وليست اقوالاً والافعال يتطرق
الاحتمال اليها كثيراً أكثر من تطرقه الى اللفظ وثانياً اختلافهم أيضاً في تصحيح بعضها وثالثاً
اختلافهم أيضاً في اجازة القياس في ذلك فهي ثلاثة أسباب كما نرى . اما الآثار التي اختلفوا في
تأويلها . فمنها حديث أنس الثابت باتفاق أخرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم : اذا ارتحل قبل أن تریغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان
زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب ومنها حديث ابن عمر أخرجه الشيخان
أيضاً قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى
يجمع بينهما وبين العشاء والحديث الثالث حديث ابن عباس . أخرجه مالك ومسلم قال : صلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً في غير خوف ولا
سفر فذهب الثمائلون بجواز الجمع في تأويل هذه الأحاديث الى انه أخر الظهر الى وقت العصر
المختص بها او جمع بينهما وذهب الكوفيون الى انه انما أوقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة

العصر في أول وقتها على ما جاء في حديث امامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لانه قد انعقد الاجماع انه لا يجوز هذا في الحضر لغير عذر أعني ان تصلي الصلواتان معاً في وقت احدهما واحتجوا بالتأويل لهم أيضاً بحديث ابن مسعود قال: والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا في وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا أو أيضاً فهذا لا تار محتملة ان تكون على ما تأولناه نحن أو تأولتموه أنتم وقد صح توقيت الصلاة وتبينها في الاوقات فلا يجوز أن تنتقل عن أصل ثابت بأمر محتمل . واما الأثر الذي اختلفوا في تصحيحه فمار واد مالك من حديث معاذ بن جبل انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فأخر الصلاة يوماً ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعاً ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الاحاديث في اجازة الجمع لان ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم أن يقولوا انه أخر المغرب الى آخر وقتها وصلى العشاء في أول وقتها لانه ليس في الحديث أمر متطوع به على ذلك بل لفظ الراوى محتمل . واما اختلافهم في اجازة القياس في ذلك فهو أن يلحق سائر الصلوات في السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعني ان يجاز الجمع قياساً على تلك فيقال مثلاً صلاة وجبت في سفر فجاز أن يجمع أصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله أعني جواز هذا القياس لكن القياس في العبادات يضعف فهذه هي أسباب الخلاف الواقع في جواز الجمع .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي صورة الجمع فاختلف فيه أيضاً القائلون بالجمع أعني في السفر فمنهم من رأى ان الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعتا معاً في أول وقت الاولى جاز وهي احمدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين أعني ان يعدم الآخرة الى وقت الاولى أو يعكس الامر وهو مذهب الشافعى وهي رواية أهل المدينة عن مالك والاولى رواية ابن القاسم عنه وانما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فقصيراً الى انه لا يرجح بالعدالة أعني انه لا يفضل عدالة عدالة في وجوب العمل بها ومعنى هذا انه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث أنس اذا كان رواية الحديثين عدولاً وان كان رواية أحد الحديثين أعدل .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي الاسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها . واختلفوا في الجمع في الحضر وفي شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من

جعله سبباً مباحاً للجمع أى سفر كان وبأى صفة كان ومنهم من اشترط فيه ضرراً من السير ونوعاً من أنواع السفر فاما الذى اشترط فيه ضرراً من السير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجده السير ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى وهى احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فأنما راعى قول ابن عمر: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فأنما راعى ظاهر حديث أنس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع فمنهم من قال هو سفر القرية كالخج والعز وهو ظاهر رواية ابن القاسم . ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعى وظاهر رواية المدنيين عن مالك * والسبب فى اختلافهم فى هذا هو السبب فى اختلافهم فى السفر الذى تقتصر فيه الصلاة وان كان هناك التعميم لان القصر قل قولاً وفعلاً والجمع انما قل فعلاً فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه فى غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى غيره من الاسفار . واما الجمع فى الحضر لغير عذر فان مالكاً وكثيراً من الفقهاء لا يجزونه وأجاز ذلك جماعة من أهل الظاهر وأشهب من أصحاب مالك * وسبب اختلافهم فى مفهوم حديث ابن عباس فمنهم من تأوله على انه كان فى مطرك كما قال مالك ومنهم من أخذ بعمومه مطلقاً وقد خرج مسلم زياً فى حديثه وهو قوله عليه الصلاة والسلام: فى غير خوف ولا سفر ولا مطر وبهذا تمسك أهل الظاهر . واما الجمع فى الحضر لعذر المطر فاجازه الشافعى ليلاً كان أو نهاراً ومنعه مالك فى النهار وأجاز فى الليل وأجاز أيضاً فى الطين دون المطر فى الليل وقد عدل الشافعى مالكاً فى تقريره من صلاة النهار فى ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث وتأوله أعنى خصص عمومته من جهة القياس وذلك انه قال فى قول ابن عباس: جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء فى غير خوف ولا سفر أرى ذلك كان فى مطر قال فلم يأخذ بعموم الحديث ولا بتأويله أعنى تخصيصه بل رد بعضه وتأول بعضه وذلك شئ لا يجوز باجماع وذلك انه لم يأخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر وأخذ بقوله والمغرب والعشاء وتأوله وأحسب ان مالكاً رحمه الله انما رد بعض هذا الحديث لانه عارضه العمل فأخذ منه ببعض الذى لم يعارضه العمل وهو الجمع فى الحضر بين المغرب والعشاء على ما روى ان ابن عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر فى هذا الاصل الذى هو العمل كيف يكون دليلاً شرعياً فيه نظر فان متقدمى شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك لوجهه فان اجماع البعض لا يحتج به وكان متأخروهم

يقولون انه من باب نقل التواتر و يحتجون في ذلك بالصاع وغيره مما نقله أهل المدينة خلفا عن سلف والعمل انما هو فعل والفعل لا يفيد التواتر الا ان يقرن بالقول فان التواتر طريقه الخبر لا العمل وبان جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والاشبه عندي أن يكون من باب عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة وذلك انه لا يجوز ان يكون امثال هذه السنن مع تكررها وتكرر وقوع أسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها على أهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفا عن سلف وهو أقوى من عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة لان أهل المدينة أخرى ان لا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة في طريق النقل وبالجملة العمل لا يشك انه قرينة اذا اقترنت بالشئ المنقول ان واقفته افادت به غلبة ظن وان خالفته افادت به ضعف ظن : فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها الاخبار الآحاد الثابتة فقيه نظروا عسى انها تبلغ في بعض ولا تبلغ في بعض لتفاضل الاشياء في شدة عموم البلوى بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها أمس وهي كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير أن ينتشر قولاً أو عملاً فيه ضعف وذلك انه يوجب ذلك أحد أمرين ، اما انها منسوخة ، واما ان النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كابى المعالى وغيره . واما الجمع في الحضرة للمريض فان ما لكأبأباحه اذا خاف أن يغيب عليه أو كان به بطن ومنع ذلك الشافعى * والسبب في اختلافهم هو اختلافهم في تعدى علة الجمع في السفر أعنى المشقة فن طرد العلة رأى ان هذا من باب الاولى والاخرى وذلك ان المشقة على المريض في افراد الصلوات أشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة أى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يحجز ذلك .

﴿ الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول في صلاحه الخوف ﴾

اختلف العلماء في جواز صلاة الخوف بعد النبي عليه الصلاة والسلام وفي صفتها فكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى (واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا) الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وعمل الأئمة والخلفاء بعده بذلك وشذأ أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة فقال لا تصلي صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما تصلي بعده بامامين يصلي واحد منهما ببطائفة ركعتين ثم يصلي الآخر ببطائفة أخرى وهي الحارسة ركعتين أيضاً ونحرس التي قد صلت * والسبب في

اختلافهم هل صلاة النبي باصحابه صلاة الخوف هي عبادة أو هي لمكان فضل النبي صلى الله عليه وسلم . فن رأى أنها عبادة لم ير أنها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام . ومن رآها لمكان فضل النبي عليه الصلاة والسلام رآها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام والافتقار كان ممكناً أن ينقسم الناس على امامين وإنما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبي عليه الصلاة والسلام وتأييد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية ومفهوم الخطاب أنه إذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهب طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وأنه منسوخ بها .

وأما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافاً كثيراً لا اختلاف الآثار في هذا الباب أعني المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات ، فمن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف : أن طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائماً وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا ووجه العدو وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاتهم ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعي ، وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفاً كما مثل حديث يزيد بن رومان : أنه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعي أثر المسند على الموقوف ومالك أثر الموقوف لانه أشبه بالاصول أعني ان لا يجلس الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لا متبوع وغير مختلف عليه ، والصفة الثالثة ما ورد في حديث أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه رواه الثوري وجماعة وأخرجه أبو داود قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بازاء العدو ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبلوا العدو ورجع أولئك الى مراتبهم فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا وبهذه الصفة قال أبو حنيفة وأصحابه ما خلى أبا يوسف على ما تقدم ، والصفة الرابعة الواردة في حديث أبي عياش الزرقى قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد

فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبنا غنلة لو كنا حملنا عليهم وهم في الصلاة فانزل الله آية التقصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبلاً القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الاخر يجرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الاخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذي يليه الى مقام الاخرين وتقدم الصف الاخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الاخرون يجرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذي يليه سجد الاخرون ثم جلسوا جميعاً فسلم بهم جميعاً وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بنى سليم قال أبو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن أبي موسى وعن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثوري وهو احوطها بربدانه ليس في هذه الصفة كبير عمل مخالف لافعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جملة من أصحاب مالك وأصحاب الشافعي وخرجها مسلم عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم ، والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال : كنا مع سعيد بن العاصي بطبرستان فقام فقال ايكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال حذيفة انا فصلي هؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يتضوا شيئاً وهذا مخالف للاصل مخالفة كثيرة. وخرج أيضاً عن ابن عباس في معناه انه قال : الصلاة على اسان نبيكم في الحضرة أربع وفي السفر ركعتان وفي الخوف ركعة واحدة وأجاز هذه الصفة الثوري ، والصفة السادسة الواردة في حديث أبي بكره وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم : انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الامام والمأموم لكونه متبهماً وهم مقتضون خرجهم مسلم عن جابر ، والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة والسلام : انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلي بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فاذ صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لا تقسم ركعة ركعة بعد أن ينصرف الامام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين فان كان خوف أشد من ذلك صلوا

رجالاً قياماً على أقدامهم أو ركباناً مستقبلي القبلة أو غير مستقبلها وعن قال بهذه الصفة اشهب عن مالك وجماعة وقال أبو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا أنه ورد بنقل الأئمة أهل المدينة وهم الحجة في النقل على من خالفهم وهم أيضاً مع هذا أشبه بالأصول لأن الطائفة الأولى والثانية لم يعضوا الركعة إلا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجمع عليها في سائر الصلوات وأكثر العلماء على ما جاء في هذا الحديث من أنه إذا اشتد الخوف جاز أن يصلوا مستقبل القبلة وغير مستقبلها وإيماء من غير ركوع ولا سجود وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال لا يصلي الخائف إلا إلى القبلة ولا يصلي أحد في حال المسابقة * وسبب الخلاف في ذلك مخالفة هذا الفعل للأصول وقد رأى قوم أن هذه الصفات كلها جائزة وإن للمكلف أن يصلي أيها أحب وقد قيل إن هذا الاختلاف إنما كان بحسب اختلاف المواطن .

﴿ الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض ﴾

وأجمع العلماء على أن المريض يض مخاطب بإداء الصلاة وأنه يسقط عنه فرض القيام إذا لم يستطع ويصلي جالساً وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود إذا لم يستطعهما أو أحدهما ويومئ مكانهما . واختلفوا فيمن له أن يصلي جالساً وفي هيئة الجلوس وفي هيئة الذي لا يقدر على الجلوس ولا على القيام . فأما من له أن يصلي جالساً فإن قوماً قالوا هذا الذي لا يستطيع القيام أصلاً وقوم قالوا هو الذي يشق عليه القيام من المرض وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة أو مع عدم القدرة وليس في ذلك نص . وأما صفة الجلوس فإن قوماً قالوا يجلس متر بعاً أعني الجلوس الذي هو بدل من القيام وكرد ابن مسعود الجلوس متر بعاً فن ذهب إلى التبريع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد ومن كرهه فلا أنه ليس من جلوس الصلاة . وأما صفة صلاة الذي لا يقدر على القيام ولا على الجلوس فإن قوماً قالوا يصلي مضطجماً وقوم قالوا يصلي كيفما تيسر له وقوم قالوا يصلي مستقبلاً رجلاًه إلى الكعبة وقوم قالوا إن لم يستطع الجلوس صلى على جنبه فإن لم يستطع على جنبه صلى مستقبلاً ورجلاًه إلى القبلة على قدر طاقته وهو الذي اختاره ابن المنذر .

﴿ الجملة الرابعة ﴾ وهذه الجملة تشتمل من أفعال الصلاة على التي ليست أداء وهذه هي إمامة إعادة وإما قضاء وإما جبر لما زاد أو نقص بالسجود ففي هذه الجملة إذا ثلاثة أبواب ، الباب الأول

في الاعداء ، الباب الثاني في القضاء ، الباب الثالث في الجبران الذي يكون بالسجود

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب الكلام فيه في الاسباب التي تقتضي الاعداء وهي مفسدات الصلاة واتفقوا على أن من صلى بغير طهارة انه يجب عليه الاعداء عمداً كان أو نسياناً وكذلك من صلى بغير القبلة عمداً كان ذلك أو نسياناً وبالجملة فكل من أخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الاعداء وانما يختلفون من أجل اختلافهم في الشروط المصححة وههنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها .

فمنها انهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضي الاعداء من أولها اذا كان قد ذهب منها ركعة أو ركعتان قبل طروا الحدث أم يبني على ما قدم من الصلاة . فذهب الجمهور الى انه لا يبني لا في حدث ولا في غيره مما يقطع الصلاة الا في الراف فقط ومنهم من رأى أنه لا يبني لا في الحدث ولا في الراف وهو الشافعي وذهب الكوفيون الى انه يبني في الاحداث كلها * وسبب اختلافهم أنه لم يرد في جواز ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام وانما صح عن ابن عمر انه رفع في الصلاة فبني ولم يتوضأ فمن رأى أن هذا الفعل من الصحابي مجرى مجرى التوقيت اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا بقياس أجاز هذا الفعل . ومن كان عنده من هؤلاء أن الراف ليس بحدث أجاز البناء في الراف فقط ولم يعده لغيره وهو مذهب مالك ومن كان عنده انه حدث أجاز البناء في سائر الاحداث قياساً على الراف ومن رأى أن مثل هذا لا يجب ان يصار اليه الا بتوقيف من النبي عليه الصلاة والسلام إذ قد انعقد الاجماع على أن المصلي اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك إذا فعل فيها فعلاً كثيراً لم يحز البناء لا في الحدث ولا في الراف .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء هل يقطع الصلاة من ورثي بين يدي المصلي اذا صلى بغير ستر أو مريته وبين السترة . فذهب الجمهور الى انه لا يقطع الصلاة شيء وانه ليس عليه اعادة وذهب طائفة الى انه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود * وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك انه خرج مسلم عن أبي ذر انه عليه الصلاة والسلام قال : يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وخرج مسلم والبخاري عن عائشة انها قالت : لقد رأيتني بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنابة وهو

يصلي . وروى مثل قول الجمهور عن علي وعن أبي ولا خلاف بينهم في كراهية المرور بين يدي المنفرد والامام اذا صلى لفريسة أو من بينه وبين السترة ولم يروا بأساً أن يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأساً أن يمر بين يدي المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال : أقبلت راكباً على اتان وانا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس فررت بين يدي بعض الصفوف فزلت وأرسلت الاتان ترع ودخلت في الصف فلم ينكر ذلك علي أحد وهذا عندهم مجرى مجرى المسند وفيه نظر وانما انفق الجمهور على كراهية المرور بين يدي المصلي لما جاء فيه من الوعيد في ذلك واتوله عليه الصلاة والسلام فيه فليقاتله فانما هو شيطان :

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في النفخ في الصلاة على ثلاثة أقوال فتقدم كرهوه ولم يروا الاعادة على من فعله وقوم أوجبوا الاعادة على من نفخ وقوم فرقوا بين أن يسمع أولاً يسمع * وسبب اختلافهم تردد النفخ بين أن يكون كلاماً أولاً أو لا يكون كلاماً

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم * وسبب اختلافهم تردد التبسم بين أن يلحق بالضحك أولاً يلحق به .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلفوا في صلاة الخاقن فأكثر العلماء يكرهون أن يصلي الرجل وهو خاقن لما روى من حديث زيد بن أرقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا أراد أحدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : لا يصلي أحدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه الا خبثان يعني الغائط والبول ولما ورد من النهي عن ذلك عن عمر ايضاً وذهب قوم الى أن صلاته فاسدة وانه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك ما يدل على أن صلاة الخاقن فاسدة وذلك انه روى عنه انه أمره بالاعادة في الوقت و بعد الوقت * والسبب في اختلافهم في النهي هل يدل على فساد المنهي عنه أم ليس يدل على فساده وانما يدل على تأنيب من فعله فقط اذا كان أصل الفعل الذي تعلق النهي به واجباً أو جازاً وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون . منهم من يجعله عن ثوبان . ومنهم من يجعله عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل لمؤمن أن يصلي وهو خاقن جداً قال أبو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلفوا في رد سلام المصلي عن سلم فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن أبي الحسن البصري وقتادة . ومنع ذلك قوم بالقول وأجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب

النعمان . واجاز قوم الرد في نفسه وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة * والسبب في اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم في الصلاة المنهي عنه أم لا فمن رأى انه من نوع الكلام المنهي عنه وخصص الامر برد السلام في قوله تعالى (وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها) الآية باحاديث النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن رأى انه ليس داخلا في الكلام المنهي عنه أو خصص أحاديث النهي بالامر برد السلام اجازة في الصلاة قال أبو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف السنة فانه قد أخبر خبيب أن النبي عليه الصلاة والسلام: رد على الذين سلموا عليه وهو في الصلاة بإشارة .

﴿ الباب الثاني في القضاء ﴾

والكلام في هذا الباب على من يجب القضاء وفي صفة انواع القضاء وفي شروطه . فأما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناسي والتائم . واختلفوا في العامد والمعمى عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسي والتائم لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وفعله وأعني بقوله عليه الصلاة والسلام: رفع القلم عن ثلاث فذكر التائم وقوله: اذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها وماروى انه نام عن الصلاة حتى خرج وقمها فاقضها . وأما تاركها عمداً حتى يخرج الوقت فان الجمهور على انه آثم وأن القضاء عليه واجب . وذهب بعض أهل الظاهر الى انه لا يقضى وانه آثم وأحد من ذهب الى ذلك أبو محمد ابن حزم * وسبب اختلافهم اختلافهم في شيئين ، أحدهما في جواز القياس في الشرع ، والثاني في قياس العامد على الناسي اذا سلم جواز القياس فمن رأى انه اذا وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في أشياء كثيرة فالتعمد أخرى ان يجب عليه لانه غير معذور أو وجب القضاء عليه . ومن رأى أن الناسي والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضهما على بعض إذا حكمهما بمختلفة وانما تقاس الاشياء بميزان قياس العامد على الناسي والحق في هذا انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغاً وأما ان جعل من باب الرفق بالناسي والعذر له وان لا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا ضد الناسي والقياس غير سائغ لان الناسي معذور والعامد غير معذور والاصل أن القضاء لا يجب بامر الاداء وانما يجب بامر مجدد على ما قال المتكلمون لان القاضي قد فاتته أحد شروط التمكن من وقوع الفعل على صحته وهو الوقت اذ كان شرطاً من شروط الصحة والتأخير عن الوقت في قياس

التقديم عليه لكن قد ورد الاثر بالناسي والنائم وتردد العامدين أن يكون شبيهاً أو غير شبيهه والله الموفق للحق . وأما المعنى عليه فان قوماً اسقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته وقوم أوجبوا عليه القضاء . ومن هؤلاء من اشترط القضاء في عدد معلوم وقالوا يقضى في الخمس فما دونها * والسبب في اختلافهم ترده بين النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم أوجب عليه القضاء . ومن شبهه بالمجنون اسقط عنه الوجوب . وأما صفة القضاء فان القضاء نوعان ، قضاء الجملة الصلاة ، وقضاء لبعضها . أما قضاء الجملة فالنظر فيه في صفة القضاء وشروطه وقته . فاما صفة القضاء فهي بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاة بان في صفة واحدة من القرصية . وأما اذا كانت في أحوال مختلفة مثل أن يذكر صلاة حضرية في سفر أو صلاة سفريّة في حضر فاختلّفوا في ذلك على ثلاثة أقوال ، فقوم قالوا انما يقضى مثل الذي عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وإسحاق ، وقوم قالوا انما يقضى أبداً أو بعاسفريّة كانت المنسية أو حضرية فعلى رأى هؤلاء أن ذكر في السفر حضرية صلاة حضرية وإن ذكر في الحضر سفريّة صلاة حضرية وهو مذهب الشافعي . وقال قوم انما يقضى أبداً فرض الحال التي هو فيها يقضى الحضرية في السفر سفريّة والسفريّة في الحضر حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيها في الصحة أو الصحيح يتذكر صلاة نسيها في المرض أعني أن فرضه هو فرض الصلاة في الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون أوجب للمتضيّة صفة المنسية . وأما من أوجب أن يقضى أبداً حضرية فراعى الصفة في أحدهما والحال في الأخرى أعني أنه اذا ذكر الحضرية في السفر راعى صفة المتضيّة واذا ذكر السفريّة في الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس إلا أن يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فيمن يرى القصر رخصة . وأما شروط القضاء ووقته فان من شرطه الذي اختلفوا فيه الترتيب وذلك أنهم اختلفوا في وجوب الترتيب في قضاء المنسيات أعني وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت أكثر من صلاة واحدة فذهب مالك الى أن الترتيب واجب فيها في الخمس صلوات فما دونها وأنه يبدأ بالمنسية وان فات وقت الحاضرة حتى انه قال ان ذكر المنسية وهو في الحاضرة فسدت الحاضرة عليه وبمثل ذلك قال أبو حنيفة واثوري إلا أنهم رأوا الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة وانفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعي لا يجب الترتيب وان فعل ذلك اذا كان في الوقت متسع فحسن يعني في وقت الحاضرة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب واختلافهم في تشبيه

القضاء بالأداء فالأداء فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان أحدهما ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: من نسي صلاة وهو مع الإمام في أخرى فليصل مع الإمام فإذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم يليعد الصلاة التي صلى مع الإمام وأصحاب الشافعي يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: إذا نسي أحدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة فليتم التي هو فيها فإذا فرغ منها قضى التي نسي والحديث الصحيح في هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام: إذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها الحديث . وأما اختلافهم في جهة تشبيه القضاء بالأداء فنرى أن الترتيب في الأداء إنما يلزم من أجل أن أوقاتها المختصة بصلاة منها هي مرتبة في نفسها إذ كان الزمان لا يعقل إلا مرتباً لم يلحق بها القضاء لانه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رأى أن الترتيب في الصلوات المؤداة هو في الفعل وإن كان الزمان واحداً مثل الجمع بين الصلاتين في وقت احدهما شبه القضاء بالأداء وقد رأت المالكية أن توجب الترتيب للمقتضية من جهة الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام فليصلها إذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب أن تفسد عليه الصلاة التي هو فيها في ذلك الوقت وهذا لا معنى له لانه إن كان وقت الذكر وقتاً للمنسية فهو بعينه أيضاً وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات إذا كانت أكثر من صلاة واحدة وإذا كان الوقت واحداً لم يبق أن يكون انقساد الواقع فيها إلا من قبل الترتيب بينها كالترتيب الذي يوجد في أجزاء الصلاة الواحدة فانه ليس إحدى الصلاتين أحق بالوقت من صاحبتها إذ كان وقتا لكليهما إلا أن يقوم دليل الترتيب وليس ههنا عندي شيء يمكن أن يجعل أصلاً في هذا الباب لترتيب المنسيات إلا الجمع عند من سلمه فإن الصلوات المؤداة أوقاتها مختلفة والترتيب في القضاء إنما يتصور في الوقت الواحد بعينه للصلاتين معاً فافهم هذا فإن فيه غموضاً وأظن ما أكارحه الله تعالى من ذلك على الجمع وإعماص الجميع إلى استحسان الترتيب في المنسيات إذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبة وقد احتج بهذا من أوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فإن هذا منسوخ وأيضاً فانه كان تركه عذراً وأما التحديد في الخمس فما دونها فليس له وجه إلا أن يقال انه إجماع فهذا حكم القضاء الذي يكون في فوات جملة الصلاة وأما القضاء الذي يكون في فوات بعض الصلوات فمنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الإمام للمأموم أعني أن يفوت المأموم بعض صلاة الإمام فاما إذا فات المأموم بعض الصلاة فإن فيه مسائل ثلاثاً قواعد، احداها متى نفوت الركعة، والثانية هل أتينا به بما

فانه بعد سلام الامام اداء أو قضاء ، والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا يلزمه ذلك امامتى تفوته الركعة فان في ذلك مسألتين ، إحداهما اذا دخل والامام قد أهوى الى الركوع ، والثانية اذا كان مع الامام في الصلاة فسيما أن يتبعه في الركوع أو منعه من ذلك ما وقع من زحام أو غيره

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان فيها ثلاثة أقوال ، أحدها وهو الذي عليه الجمهور انه اذا أدرك الامام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاءؤها وهو لاء اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين كبيرتين للاحرام وتكبيراً للركوع أو يحز به تكبيرة الركوع وان كانت تحز به فهل من شرطها ان ينوى بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تحز به اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعي والاختيار عندهم تكبيرتان وقال قوم لا بد من تكبيرتين وقال قوم تحزى واحدة وان لم ينو بها تكبيرة الافتتاح والقول الثاني انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لا يدركها ما لم يدركه قائماً وهو منسوب الى أبي هريرة والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الآخر وقد رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم فأدرك ذلك انه يحز به لان بعضهم أئمة لبعض وبه قال الشعبي * وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين ان يدل على الفعل نفسه الذي هو الانحناء فقط أو على الانحناء والوقوف معاً وذلك انه قال عليه الصلاة والسلام: من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معاً قال إذا فاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكاً للركعة والاشتراك الذي عرض لهذا الاسم انما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي وذلك ان اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعاً على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق في قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الآخذ ببعض ما تدل عليه الاسماء قال لا بد ان يدرك مع الامام اثلاثاً الاحوال أعني القيام والانحناء والسجود ويحتمل أن يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط أن يكون اعتباراً أكثر ما يدل عليه الاسم ههنا لان من أدرك الانحناء فقد أدرك منها جزءاً ومن فاته الانحناء انما أدرك منها جزءاً واحداً فقط فعلى هذا يكون الخلاف آيلاً الى اختلافهم في الآخذ ببعض دلالة الاسماء أو بكليها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعاً

وأما من اعتبر ركوع من في الصف من المأمومين فلا ن الر كعة من الصلاة قد تضاف الى الامام فقط وقد تضاف الى الامام والمأمومين فسبب الاختلاف هو الاحتمال في هذه الاضافة أعني قوله عليه الصلاة والسلام : من ادرك ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور أظهر * وأما اختلافهم في هل تجزئ به تكبيرة واحدة أو تكبيران أعني المأموم اذا دخل في الصلاة والامام را كع فسببه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يؤتى بها واقفاً أم لا فمن رأى أن من شرطها الموضع الذي تفعل فيه تعلقاً بالفعل أعني فعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى أن التكبير كله فرض قال لا بد من تكبيرتين ومن رأى انه ليس من شرطها الموضع تعلقاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : وتحريمها التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هي فقط الفرض قال يجزئ به ان يأتي بها وحدها

وأما من أجاز أن يأتي بتكبيرة واحدة ولم ينو بها تكبيرة الاحرام فتقيل يبنى على مذهب من يرى أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبنى على مذهب من يجوز تأخير نية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس معنى ان ينوى تكبيرة الاحرام الامتارنة النية للدخول في الصلاة لان تكبيرة الاحرام لها وصفان النية المقارنة والاولية أعني وقوعها في أول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لا بد من النية المقارنة ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي اذا سها عن اتباع الامام في الركوع حتى سجد الامام فان قوماً قالوا اذا فاته ادراك الركوع معه فندفاته الركعة ووجب عليه قضائها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا أمكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة الثانية وقوم قالوا يتبعه و يعتد بالركعة ما لم يرفع الامام رأسه من الانحناء في الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لاصحاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين ان يكون عن نسيان أو ان يكون عن زحام و بين ان يكون في جمعة أو في غير جمعة و بين اعتبار ان يكون المأموم عرض له هذا في الركعة الاولى أو في الركعة الثانية وليس قصده تفصيل المذهب ولا تخر يجه وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل واصولها فنقول إن سبب الاختلاف في هذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم ان يقارن فعل الامام أو ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو في جميع اجزاء الركعة الثلاثة أعني القيام والانحناء والسجود أم انما هو شرط في بعضها ومتى يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلافاً عليه أعني ان يفعل هو فعلاً والامام فعلاً ثانياً فمن رأى انه شرط في كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة أعني ان يقارن فعل المأموم فعل الامام والا كان اختلافاً

عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام فلا تختلفوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزأ يسيراً لم يعتد بالركعة ومن اعتبره في بعضها قال هو مدرك للركعة اذا ادرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافاً عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان تبعه فقد ختلف عليه في الركعة الاولى وأما من قال إنه يتبعه ما لم ينحن في الركعة الثانية فانه رأى انه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه ببعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه ان يكون بعده فقط وانما اتفقوا على أنه اذا قام من الانحناء في الركعة الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لانه يكون في حكم الاولى والامام في حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ من المسائل الثلاث الاول التي هي اصول هذا الباب وهن اتيان المأموم بما فاته من الصلاة مع الامام اداء او قضاء فان في ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا إن ما يأتي له بعد سلام الامام هو قضاء وان ما أدرك ليس هو أول صلاته وقوم قالوا ان الذي يأتي به بعد سلام الامام هو اداء وان ما أدرك هو أول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والافعال فقالوا يقتضي في الاقوال يعنون في القراءة ويبنى في الافعال يعنون الاداء فمن ادرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول أعني مذهب القضاة قام اذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فيهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما وعلى المذهب الثاني أعني على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بام القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها أيضاً بام القرآن وسورة وقد نسبت الاقوال الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقتضي في الاقوال ويبنى في الافعال لانه لم يختلف قوله في المغرب انه اذا ادرك منها ركعة أنه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلاف في قوله انه يقتضي بام القرآن وسورة وسبب اختلافهم انه ورد في بعض روايات الحديث المشهورة ادر كنتم فصلوا وما فاتكم فأتوا والاعمام يقتضي ان يكون ما ادرك هو أول صلاته وفي بعض رواياته فادرك كنتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء بوجب أن ما أدرك هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب الاعمام قال ما أدرك هو أول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما أدرك هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء في الاقوال والاداء في الافعال وهو ضعيف أعني أن يكون بعض الصلاة اداء وبعضها قضاء واتفاقهم على وجوب الترتيب في اجزاء الصلاة وعلى ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة ففيه دليل واضح على أن ما أدرك هو أول صلاته لكن تختلف نية المأموم والامام في الترتيب فتأمل هذا وبشبه أن يكون هذا هو أحد ما راعاه من قال ما أدرك

فهو آخر صلاته

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ من المسائل الاول وهي متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام في الاتباع فان فيها مسائل ، إحداها متى يكون مدركا للصلاة الجمعة ، والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو أعني سهوا الامام ، والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء امام يتم الاتمام اذا أدرك من صلاة الامام بعضها

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ فان قوما قالوا اذا أدرك ركعة من الجمعة فقد أدرك الجمعة ويقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعي فان أدرك أقل صلى ظهر أربعاً وقوم قالوا بل يقضى ركعتين أدرك منهما ما أدرك وهو مذهب أبي حنيفة * وسبب الخلاف في هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام : ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام : وما فاتكم فأتموا أوجب أن يقضى ركعتين وان أدرك منها أقل من ركعة ومن كان المحذوف عنده في قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة أى فقد أدرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف في هذا القول محتمل فانه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ويمكن أن يراد به وقت الصلاة ويمكن أن يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا الجاز في أحدهما أظهر منه في الثاني فان كان الامر كذلك كان من باب المجمل الذي لا يقتضى حكماً وكان الآخر بالعموم أولى وان سلمنا انه أظهر في أحده هذه المحذوفات وهو مثلاً الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضاً للعموم الا من باب دليل الخطاب والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبني على المحتمل أو الظاهر . وأما من يرى ان قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة انه يتضمن جميع هذه المحذوفات فضعيف وغير معلوم من ائمة العرب الا أن يترى أن هنالك اصطلاحاً عرفياً أو شرعياً وأما مسئلة اتباع المأموم للامام في السجود أعني في سجود السهو فان قوما اعتبروا في ذلك الركعة أعني أن يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا في ذلك فمن لم يعتبر ذلك فصيراً الى عموم قوله عليه السلام : انما جعل الامام ليؤتم به ومن اعتبر بذلك فصيراً الى مفهوم قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة ولذلك اختلفوا في المسئلة الثالثة فقال قوم ان المسافر اذا أدرك من صلاة الامام الحاضر أقل من ركعة لم يتم واذا أدرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذي يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له

وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذي يكون للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منهاركناً فهو بنية مضى أعني فريضة وأنه ليس يحزى منه إلا النسيان به وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم أوجب فيها إلا عادة مثل من نسي أربع سجعات من أربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوما قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ما قبلها من الركعات ثم أتى بها وهو قول مالك وقوم قالوا يبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الاعادة وهي إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل وقوم قالوا يأتي بأربع سجعات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعيد بسجدين وهو مذهب الشافعي * وسبب الخلاف في هذا مراعاة الترتيب فنراعى في الركعات والسجعات أبطل الصلاة ومن راعى في السجعات أبطل الركعات ما عدى الأخيرة قياساً على قضاء ما فات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب أجاز سجوداً ما في ركعة واحدة لاسيما اذا اعتمد أن الترتيب ليس هو واجباً في الفعل المكرر في ركعة ركعة أعني السجود وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكر رفعهم أصحاب أبي حنيفة أن السجود لما كان مكرراً لم يجب أن يراع فيه التكرير في الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فبين نسي قراءة أم القرآن من الركعة الاولى فقبل لا يعتد بالركعة ويقتضيها وقيل يعيد الصلاة وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا هنا إلا ما يجري مجرى الاصول

﴿ الباب الثالث من الجملة الرابعة في سجود السهو ﴾

والسجود المنقول في الشريعة في أحد موضعين إما عند الزيادة والنقصان اللذين يقعان في أفعال الصلاة وأقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد وإما عند الشك في أفعال الصلاة فاما السجود الذي يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر في ستة فصول ، الفصل الاول في معرفة حكم السجود ، الثاني في معرفة مواضعه من الصلاة ، الثالث في معرفة الجنس من الافعال والافعال التي يسجد لها ، الرابع في صفة سجود السهو ، الخامس في معرفة من يجب عليه سجود السهو ، السادس بماذا ينبيه المأموم الامام الساهي على سهوه

﴿ الفصل الاول ﴾

اختلفوا في سجود السهول هو فرض أو سنة فذهب الشافعي الى أنه سنة وذهب أبو حنيفة الى أنه فرض لكن من شرط صحة الصلاة وفرق مالك بين السجود للسهول في الافعال وبين السجود للسهول في الاقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهول الذي يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا في المشهور وعنه ان سجود السهول للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب * والسبب في اختلافهم اختلافهم في حمل أفعاله عليه السلام في ذلك على الوجوب أو على الندب فاما أبو حنيفة فحمل أفعاله عليه السلام في السجود على الوجوب اذ كان هو الاصل عندهم اذ جاء بياننا لواجب كما قال عليه السلام: صلوا كما رأيتموني أصلي وأما الشافعي فحمل أفعاله في ذلك على الندب وأخرجها عن الاصل بالقياس وذلك أنه لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب وأما مالك فتأكدت عنده الافعال أكثر من الاقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الاقوال أعني ان الفروض التي هي أفعال هي أكثر من فروض الاقوال فكانه رأى ان الافعال أكثر من الاقوال وان كان ليس ينوب سجود السهول الا عما كان منها ليس بفرض وتفرقة أيضاً بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرعاً بدلاً مما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كانه استغفار لا بدل

﴿ الفصل الثاني ﴾

اختلفوا في مواضع سجود السهول على خمسة أقوال فذهبت الشافعية الى أن سجود السهول موضعه أبدأ قبل السلام وذهبت الحنفية الى أن موضعه أبدأ بعد السلام وفرقت المالكية فقالت ان كان السجود للنقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام وما كان من سجود في غير تلك المواضع يسجد له أبدأ قبل السلام وقال أهل الظاهر لا يسجد للسهول الا في المواضع الخمسة التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك ان كان

فرضاً أتى به وان كان ندياً فليس عليه شيء * والسبب في اختلافهم انه عليه السلام ثبت عنه انه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك انه ثبت من حديث ابن بحنة انه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضاً انه سجد بعد السلام في حديث ذى اليدين المتقدم اذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا القياس في سجود السجدة هو أعنى الذين رأوا تعدية الحكم في المواضع التي سجد فيها عليه السلام الى أشباهها في هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب، أحدها مذهب الترجيح، والثاني مذهب الجمع، والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فنرجح حديث ابن بحنة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبي سعيد الخدري الثابت انه عليه السلام: قال اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدركم صلى أثلاثاً ثم أربعا فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فان كانت الركعة التي صلاها خامسة شفعها بهاتين السجدتين وان كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا فيه السجود لازمة قبل السلام لانها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضاً بما روى عن ابن شهاب انه قال كان آخر الامر من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام

واما من رجح حديث ذى اليدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بان حديث ابن بحنة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبه انه عليه السلام: قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله في التمثل فيعارض به واحتجوا أيضاً لذلك بحديث ابن مسعود الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى خمسا ساهيا وسجد لسهود بعد السلام .

واما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا ان هذه الاحاديث لا تتناقض وذلك ان السجود فيها بعد السلام انما هو في الزيادة والسجود قبل السلام في النقصان فوجب أن يكون حكم السجود في سائر المواضع كما هو في هذا الموضع قالوا وهو أولى من حمل الاحاديث على التعارض

واما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد في المواضع التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فان ذلك هو حكم تلك المواضع

وأما المواضع التي لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكانه قاس على المواضع التي سجد فيها عليه الصلاة والسلام قبل السلام ولم يقس

على المواضع التي سجد فيها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي سجد فيها على ما سجد فيها
 فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغايرة الأحكام هو ضرب
 من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة أنه عدى مفهوم بعضها دون بعض والحق
 به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أعنى أنه قاس على السجود الذي قبل السلام
 ولم يقس على الذي بعده

واما من لم يفهم من هذه الأفعال حكما خارجا عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر
 فاقصر وأبا السجود على هذه المواضع فقط وأما أحمد بن حنبل فجاء نظره مختلطا من نظر أهل
 الظاهر ونظر أهل القياس وذلك أنه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التي ورد
 فيها الأثر ولم يعدده وعدى السجود الذي ورد في المواضع التي قبل السلام ولكل واحد من
 هؤلاء أدلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أعنى لأصحاب القياس وليس قصدنا في هذا
 الكتاب في الاكثر ذكر الخلاف الذي يوجب القياس كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت
 عنها في الشرع الا في الاقل وذلك اما من حيث هي مشهورة واصل لغيرها واما من حيث هي
 كثيرة الوقوع

والمواضع الخمسة التي سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها أنه قام من اثنتين
 على ما جاء في حديث ابن بريدة والثاني أنه سلم من اثنتين على ما جاء في حديث ذى الديدن،
 والثالث أنه صلى خمسا على ما في حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخاري، والرابع أنه سلم من
 ثلاث على ما في حديث عمران بن الحصين، والخامس السجود عن الشك على ما جاء في
 حديث أبي سعيد الخدري وسيأتي بعد* واختلفوا لما إذا يجب سجود السهو فقليل يجب
 للزيادة والتقصان وهو الاشهر وقيل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعي

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما الأقوال والأفعال التي يسجد لها فان القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة
 وقعت في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على ان السجود يكون عن سنن الصلاة دون
 القرائن ودون الرغائب فالرغائب لا شيء عندهم فيها أعنى اذا سها عنها في الصلاة ما لم يكن
 أكثر من رغبة واحدة مثل ما يرى مالك أنه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب
 من أكثر من واحدة وأما القرائن فلا يحزى عنها الا الاتيان بها وجبرها اذا كان السهو عنها

مما لا يوجب إعادة الصلاة بأسرها على ما تقدم فيها يوجب الإعادة وما يوجب القضاء أعني على من ترك بعض أركان الصلاة وأما سجود السهول للزيادة فإنه يقع عند الزيادة في القرائن والسنن جميعا فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وإنما يختلفون من قبل اختلافهم فيما فرض أوليس فرض وفيما هو منها سنة أو ليس بسنة وفيما هو منها سنة أو رغبة مثال ذلك أن عند مالك ليس يسجد وترك القنوت لأنه عندده مستحب ويسجد له عند الشافعي لأنه عندده سنة وليس بخفي عليك هذا مما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ما هو سنة أو فرض رغبة أو عند مالك وأما سجود السهول للزيادة اليسيرة في الصلاة وإن كانت من غير جنس الصلاة وينبغي أن تعلم أن السنة والرغبة هي عندهم من باب الندب وإنما تختلفان عندهم بالقل والاكثر أعني في تأكيدها لا مربيها وذلك راجع إلى قرائن أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم في هذا الجنس كثير أحتي أن بعضهم يرى أن في بعض السنن ما إذا تركت عمداً أن كانت فعلاً أو فعلت عمداً أن كانت تركاً كان حكمها حكم الواجب أعني في تعلق الأثم بها وهذا موجود كثير لأصحاب مالك وكذلك تجددهم قد اتفقوا ما خلى أهل الظاهر على أن ترك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لو ترك إنسان الوتر أو ركعتي الفجر دائماً لكان مفسقاً آثماً فكان العبادات بحسب هذا النظر منها ما هي فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ما هي سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الفجر وما أشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ما حكيناها عن مالك من إيجاب السجود لا أكثر من تكبيرة واحدة أعني للسهو عنها ولا تكون فيما أحسب عندهم إلا سنة بعينها وجنسها

وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هي سنن بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي الذي سأله عن فروض الإسلام: أفلح إن صدق: دخل الجنة إن صدق وذلك بعد أن قال له والله لا أزيد على هذا ولا أتقص منه يعني القرائن وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهول ترك الجلسة الوسطى واختلقوا فيما هل هي فرض أو سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الإمام إذا سجد به إليها أو ليس يرجع وإن رجع ففيه رجوع فقال الجمهور يرجع مالم يستوقفاً وقال قوم يرجع مالم يعتقد الركعة الثالثة وقال قوم لا يرجع إن فارق الأرض قيد شبر وإذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على أن صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك ان حكم سجدة السهو اذا كانت بعد السلام ان يتشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام واذا كانت قبل السلام ان يتشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعي اذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقدر روى عن مالك انه لا يتشهد للتي قبل السلام وبه قال جماعة قال أبو عمر اما السلام من التي بعد السلام فتأبى عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا أحفظه من وجه ثابت * وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في تصحيح ما ورد من ذلك في حديث ابن مسعود أعني من انه عليه الصلاة والسلام تشهد سم سلم وتشبيه سجدة السهو بالسجدة الاخيرة من الصلاة فمن شبهها بها لم يوجب لها التشهد وبخاصة اذا كانت في نفس الصلاة وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء في هذه المسئلة على ستة أقوال فقالت طائفة لا تشهد فيها ولا تسلم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم متايل هذا وهو ان فيها تشهد أو تسلم وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسلم وبه قال الحكم وحماد والنخعي وقال قوم متايل هذا وهو ان فيها تسلم وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء والسادس قول أحمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام تشهد وان سجد قبل السلام لم يتشهد وهو الذي حكاه نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت انه صلى الله عليه وسلم كبر فيها أربع تكبيرات وانه سلم وفي ثبوت تشهده فيها نظر

﴿ الفصل الخامس ﴾

اتفقوا على ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا في المأموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور الى أن الامام يحمل عنه السهو وشذمكحول فالزمه السجود في خاصة نفسه * وسبب اختلافهم فيما يحمل الامام من الاركان عن المأموم ومالا يحمله واتفقوا على ان الامام اذا سهوا المأموم يتبعه في سجود السهو وان لم يتبعه في سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم اذا فات مع الامام بعض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشمسي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال قوم يقضى ثم

يسجد وبه قال ابن سيرين واسحاق وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجدا معهما وان سجد بعد التسليم سجدا معهما بعد ان يقضى وبه قال مالك والليث والأوزاعي وقال قوم يسجد مع الامام ثم يسجد معا ثانية بعد القضاء وبه قال الشافعي * وسبب اختلافهم فهم أي أولى وأخلق أن يتبعه في السجود مصاحبه أو في آخر صلاته فكانهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعهما للمأموم هو موضع السجود أعني في آخر الصلاة أو موضعهما هو وقت سجود الامام فمن آثر مقارنة فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأى ذلك شرطاً في الاتباع أعني أن يكون فعلهما واحداً حتماً قال يسجد مع الامام وان لم يأت بها في موضع السجود ومن آثر موضع السجود قال يؤخرها الى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الأمرين أوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على ان السنة لمن سها في صلاته ان يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عند عليه الصلاة والسلام انه قال : مالي أراكم أكثرتم من التصفيق من فبه شيء في صلاته فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا في النساء فقال مالك وجماعة ان التسبيح للرجال والنساء وقال الشافعي وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق * والسبب في اختلافهم اختلافهم في قوله عليه الصلاة والسلام وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسبيح سواء وفيه ضعف لانه خروج عن الظاهر بغير دليل الا ان تناس المرأة في ذلك على الرجل والمرأة كثير ما يخالف حكمها في الصلاة حكم الرجل ولذلك يضعف القياس وأما سجود السهو الذي هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فمن شك في صلاته فلم يدركم صلى أو واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبنى على اليقين وهو الاقل ولا يحز به التحري وبسجد سجدة في السهو وهو قول مالك والشافعي وداود وقال أبو حنيفة ان كان أول أمره فسدت صلاته وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدة بعد السلام وقالت طائفة انه ليس عليه اذا شك لا رجوع الى يقين ولا تحري وانما عليه السجود فقط اذا شك * والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة في هذا الباب وذلك ان في هذا الباب ثلاثة آثار،

أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى اثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته وإن كان صلى اثماً لا ربيع كانتا رغباً للشيطان خرجه مسلم ، وإثنان حديث ابن مسعود : أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : إذا سها أحدكم في صلاته فليتحرك وليسجد سجدتين وفي رواية أخرى عنه فلينظر أخرى ذلك إلى الصواب ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتين السهو ويتشهد ويسلم ، والثالث حديث أبي هريرة خرجه مالك والبخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن أحدكم إذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدرى كم صلى فإذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس وفي هذا المعنى أيضاً حديث عبد الله بن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدها وبسلم فذهب الناس في هذه الأحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت إلى المعارض ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه إلى الذي رجح ومنهم من جمع الأمرين أعني جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح إلى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض .

فأما من ذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه إلى المرجح فمالك بن أنس فإنه حمل حديث أبي سعيد الخدري على الذي لم يستكحه الشك وحمل حديث أبي هريرة على الذي يغلب عليه الشك ويستكحه وذلك من باب الجمع وتأويل حديث ابن مسعود على أن المراد بالتحرك هنا هو الرجوع إلى اليقين فأثبت على مذهبه الأحاديث كلها .

وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها وأسقط البعض وهو الترجيح من غير تأويل المرجح عليه فابن حنيفة فإنه قال إن حديث أبي سعيد إنما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذي عنده ظن غالب وأسقط حكم حديث أبي هريرة وذلك أنه قال ما في حديث أبي سعيد وابن مسعود زيادة ولا زيادة يجب قبولها والاخذ بها وهذا أيضاً كأنه ضرب من الجمع .

وأما الذي رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا إنما عليه السجود فقط وذلك أن هؤلاء رجحوا حديث أبي هريرة وأسقطوا حديث أبي سعيد وابن مسعود ولذلك كان أضعف الأقوال فهذا ما رأينا أن ثبت في هذا القسم من قسمي كتاب الصلاة وهو القول في

الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول في القسم الثاني من الصلاة الشرعية وهي الصلوات التي ليست فروض عين

﴿ كتاب الصلاة الثاني ﴾

ولان الصلاة التي ليست بفروضة على الا عيان منها ما هي سنة ومنها ما هي نفل ومنها ما هي فرض على الكفاية وكانت هذه الاحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه رأينا ان نورد القول في واحدة واحدة من هذه الصلوات وهي بالجملة عشر، ركعتا الفجر، والوتر، والنفل، وركعتا دخول المسجد، والقيام في رمضان، والكسوف، والاستسقاء، والعيدان، وسجود القرآن فانه صلاة ما يشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة في باب أحكام الميت على ما جرت به عادة الفقهاء وهو الذي يترجمونه بكتاب الجنائز

﴿ الباب الاول ﴾

القول في الوتر* واختلفوا في الوتر في خمسة مواضع منها في حكمه ومنها في صفته ومنها في وقته ومنها في القنوت فيه ومنها في صلاته على الراحلة

اما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة

وأما صفته فان مالكا رحمه الله استحب أن يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير ان يفصل بينها بسلام وقال الشافعي الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الاقاويل سلف من الصحابة والتابعين * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة: أنه كان يصلي من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدركك فأوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان: يصلي ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء الا في آخرها وخرج أبو داود عن أبي أيوب الانصاري أنه عليه الصلاة والسلام قال: الوتر حق على كل مسلم فمن أحب ان يوتر بخمس فليفعل ومن

أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبو داود أنه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأكثر من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء في هذه الأحاديث مذهب الترجيح فمن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة فصيراً إلى قوله عليه الصلاة والسلام : فإذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة وإلى حديث عائشة أنه كان يوتر بواحدة ومن ذهب إلى أن الوتر ثلاث من غير أن يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح له أن يحتاج بشيء مما في هذا الباب لأنها كلها تقتضي التخيير ما عدى حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام المغرب وتر صلاة النهار فإن لابي حنيفة أن يقول أنه إذا شبهه شيء بشيء وجعل حكمهما واحداً كان المشبه به أخرى أن يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثاً وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثاً وأما مالك فإنه تمسك في هذا الباب بأنه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط إلا في إثر شفع فرأى أن ذلك من سنة الوتر وإن أقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة إما أن يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع وإما أن يرى أن الوتر المأمور به هو يشتمل على شفع ووتر فإنه إذا زيد على الشفع وتر صار الكل وترأ ويشهد لهذا المذهب حديث عبد الله بن قيس المتقدم فإنه سمي الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لا اعتقاده أن الوتر هو الركعة الواحدة أنه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شيء وأى شيء يوتره وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتره ما قد صلى فإن ظاهر هذا القول أنه كان يرى أن الوتر الشرعي هو العدد الوتر بنفسه أعني الغير مركب من الشفع والوتر وذلك أن هذا هو وتر لغيره وهذا التأويل عليه أولى والحق في هذا أن ظاهر هذه الأحاديث يقتضي التخيير في صفة الوتر من الواحدة إلى التسع على ما روى ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر أنما هو في هل من شرط الوتر أن يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبه أن يقال ذلك من شرطه لأنه هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبه أن يقال ليس ذلك من شرطه لأن مساماً قد خرج أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا انتهى إلى الوتر أيقظ عائشة فأوترت وظاهره أنها كانت توتر دون أن تقدم على وترها شفعاً وأيضاً فإنه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا

يسلم الا في التاسعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة فلم أسن وأخذ
 اللهم اوتر بسبع ركعات لم يجلس الا في السادسة والسابعة ولم يسلم الا في السابعة ثم يصلي
 ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشفع ففيه حجة على
 انه ليس من شرط الوتر ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ما روى
 أبو داود عن أبي بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يوتر بسبع اسم ربك
 الاعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله وقالت في الثالثة بقل هو أحد
 والمعوذتين

واما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع الفجر لورود
 ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة والسلام ومن أثبت ما في ذلك ما أخرجه مسلم عن أبي
 نضرة العوفي ان أباسعيد أخبرهم أنهم سألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال الوتر قبل
 الصبح * واختلّفوا في جواز صلاته بعد النجس فتقوم منعوا ذلك وقوم أجازوه ما لم يصل
 الصبح وبالنسبة الى قول أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وسفيان الثوري
 وبالثاني قال مالك والشافعي وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك
 لا آثار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة في ذلك أن لا يجوز أن يصلي بعد الصبح كحديث أبي
 بصرة المتقدم وحديث أبي حذيفة العدوي نص في هذا أخرجه أبو داود وفيه وجعلها لكم
 ما بين صلاة العشاء الى أن يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الأصول ان ما بعد الى بخلاف
 ما قبلها اذا كانت غايته وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من أنواعه المتفق عليها مثل
 قوله (وأتموا النسيام الى الليل) وقوله الى المرفقين لا خلاف بين العلماء ان ما بعد الغاية بخلاف
 الغاية . واما العمل المخالف في ذلك للآثر فنه روى عن ابن مسعود وابن عباس وعبادة بن
 الصامت وحذيفة وأبي الدرداء وعائشة أنهم كانوا يوترون بعد النجس وقبل صلاة الصبح ولم يرو
 عن غيرهم من الصحابة خلاف هذا وقد رأى قوم ان مثل هذا هو داخل في باب الاجماع ولا
 معنى لهذا فانه ليس ينسب الى ساكت قول قائل أعني انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف
 له قول في المسئلة . واما هذه المسئلة فكيف يصح ان يقال انه لم يرو في ذلك خلاف عن
 الصحابة وأي خلاف أعظم من خلاف الصحابة الذين رأوا هذه الاحاديث أعني
 خلافهم لهؤلاء الذين أجازوا صلاة الوتر بعد النجس والذي عندي في هذا ان هذا من فعلهم
 ليس مخالف للآثار الواردة في ذلك أعني في ايجازهم الوتر بعد النجس بل ايجازهم ذلك هو من
 باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاة بعد الفجر

من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم في هل
القضاء في العبادة المؤقتة يحتاج الى أمر جديد أم لا أعني غير أمر الاداء وهذا التأويل بهم
أليق فان أكثر ما نقل عنهم هذا المذهب من انهم أبصر وايتضون الوتر قبل الصلاة وبعد
الفجر وان كان الذي نقل عن ابن مسعود في ذلك قول أعني انه كان يقول ان وقت الوتر من
بعد العشاء الآخرة الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان يظن بجميع من ذكرناه من
الصحابه انه بذهب هذا المذهب من قبل انه أبصر يصلي الوتر بعد الفجر فيبغى ان تتأمل صفة
النقل في ذلك عنهم وقد حكى ابن المنذر في وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان
المشهوران اللذان ذكرتهما والقول الثالث انه يصلي الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاوس
والرابع انه يصليها وان طلعت الشمس وبه قول أبو ثور والاوزاعي والخامس انه يوتر من
الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم في تأكيده وقربه
من درجة الفرض فنراه أقرب أو جب القضاء في زمان أبعد من الزمان المختص به ومن رآه
أبعد أو جب القضاء في زمان أقرب ومن رآه سنة كسائر السنين ضعف عنده القضاء اذا القضاء
انما يجب في الواجبات وعلى هذا يحكى اختلافهم في قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغي الا
يفرق في هذا بين الندب والواجب أعني ان من رأى ان القضاء في الواجب يكون بامر متجدد
ان يعتد بمثله في الندب ومن رأى انه يجب بالامر الاول ان يعتد مثله في الندب
وأما اختلافهم في القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يقنت فيه ومعه مالك
وأجازة الشافعي في أحد قوليه في النصف الآخر من رمضان وأجازة قوم في النصف الاول من
رمضان وقوم في رمضان كله * والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الآثار وذلك أنه
روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا وروى عنه القنوت شهرا وروى عنه ان آخر
أمره لم يكن يقنت في شيء من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدمت هذه المسئلة

وأما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من
فعلة عليه الصلاة والسلام أعني انه كن يوتر على الراحلة وهو مما يعتدونه في الحجة على انها
ليست بفرض اذ كان قد صح عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يتنقل على الراحلة ولم يصح
عنه أنه صلى قط مفروضة على الراحلة وأما الحنفية فلم كان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة
وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من
ذلك ان لا تصلى على الراحلة وردوا الخبر بالتياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء الى

أن المرء إذا أوتر ثم نام فتنفل أنه لا يوتر ثانية لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وتران في ليلة خرج ذلك أبوداود وذهب بعضهم الى أنه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية ويوتر أخرى بعد التنفل شفعاً وهي المسئلة التي يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف من وجهين ، أحدهما ان الوتر ليس ينتقل الى النفل بتشفيعه ، والثاني ان التنفل بواحدة غير معروف من الشرع وتجوز هذه الا تجوز هو سبب الخلاف في ذلك فمن راعى من الوتر المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينتقل شفعاً إذا أضيف اليه ركعة ثانية ومن راعى منه المعنى الشرعى قال ليس ينتقل شفعاً لأن الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة أو واجبة

❦ الباب الثاني في ركعتي الفجر ❦

واتفقوا على ان ركعتي الفجر سنة لما هدته عليه الصلاة والسلام على فعلها أكثر منه على سائر النوافل ولترغيبه فيها ولا نه قضائها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلفوا من ذلك في مسائل ، احداها في المستحب من القراءة فيهما فعند مالك المستحب ان يقرأ فيهما بأم القرآن فقط وقال الشافعي لا بأس أن يقرأ فيهما بأم القرآن مع سورة قصيرة وقال أبو حنيفة لا توقيف فيهما في القراءة يستحب وانه يجوز أن يقرأ فيهما المرء جزءاً من الليل * والسبب في اختلافهم اختلاف قراءة عليه الصلاة والسلام في هذه الصلاة واختلافهم في تعيين القراءة في الصلاة وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه كان يخفف ركعتي الفجر على ماروته عائشة قالت حتى اني أقول أقرأ فيهما بأم القرآن أم لا فظاهر هذا انه كان يقرأ فيهما بأم القرآن فقط وروى عنه من طريق أبي هريرة خروجه أبوداود انه كان يقرأ فيهما بقل هو الله أحد وقل يا أيها الكافرون فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة أم القرآن فقط ومن ذهب مذهب الحديث اشأن اختيار أم القرآن وسورة قصيرة ومن كان على أصله في انه لا تتم القراءة في الصلاة لقوله تعالى (فقرأ وما تأيسر منه) قل يقرأ فيهما ما أحب واثنانية في صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعي وأكثر العلماء الى ان المستحب فيهما ادخال السرار وذهب قوم الى ان المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم في ذلك بين الاسرار والجهر * والسبب في ذلك تعارض مفهوم الاثر وذلك ان حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره انه عليه الصلاة والسلام : يقرأ فيهما سرأولاً وذلك لم تشك عائشة هل يقرأ فيهما بأم القرآن أم لا وظاهر ما روى أبو هريرة انه كان يقرأ فيهما بقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد ان قراءته عليه السلام فيهما

كانت جهر أولولذلك ما علم أبوهريرة ما كان يقرأ فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثرين قال اما باختيار الجهر ان رجح حديث أبي هريرة واما باختيار الاسرار ان رجح حديث عائشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخير ، والثالثة في الذي لم يصل ركعتي الفجر وأدرك الامام في الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما فأقيمت الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فأقيمت الصلاة فليدخل مع الامام في الصلاة ولا يركعها في المسجد والامام يصلي الفرض وان كان لم يدخل المسجد فان لم يخف أن يفوته الامام بركعة فليركعها خارج المسجد وان خاف فوات الركعة فليدخل مع الامام ثم يصليهما اذا طلعت الشمس ووافق أبوحنيفة مالك في الفرق بين أن يدخل المسجد أولا يدخله وخالفه في الحد في ذلك فقال يركعها خارج المسجد ما ظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام وقال الشافعي اذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعها أصلا داخل المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر ان قوماً جوزوا ركعها في المسجد والامام يصلي وهو شاذ * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومهم لم يحز صلاة ركعتي النجر اذا أقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ومن قصره على المسجد فقط أجاز ذلك خارج المسجد ما لم تقته الفريضة أو لم يقته منها جزء ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عند في النهي انما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عند انما هو أن تكون صلاتان معا في موضع واحد كان الاختلاف على الامام كما روى عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن انه قال سمع قوم الاقامة فتأموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اصلا تان معا أصلا تان معا قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وانما اختلف مالك وأبوحنيفة في التقدير الذي براعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم في التقدير الذي به يفوت فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتي الفجر اذا كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل من ركعتي الفجر فمن رأى انه يفوت ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها ما لم تقته ركعة من الصلاة المقروضة ومن رأى انه يدرك الفضل اذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة أي قد أدرك فضلها وحمل ذلك على عمومهم في تارك ذلك قصدا أو بغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن انه يدرك ركعة منها ومالك انما يحمل هذا الحديث والله أعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها ولذلك رأى انه اذا فاتته منها ركعة فقد فاتته فضلها وأما من أجاز ركعتي الفجر في المسجد والصلاة تمام * فالسبب

في ذلك أحد أمرين ، أما أنه لم يصرح عنده هذا الاثر ، أو لم يبلغه قال أبو بكر بن المنذر هو أثر ثابت أعني قوله عليه الصلاة والسلام : إذا أقبمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر وإجازة ذلك تروى عن ابن مسعود ، والرابعة في وقت قضائها اذا قامت حتى صلى الصبح فان طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاء وابن جريج وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعاً فقال يقضيها من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال ولا يقضيها بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالانقضاء منهم من استحسب ذلك ومنهم من خيره في الاصل في قضائها صلاته لها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

﴿ الباب الثالث في النوافل ﴾

واختلفوا في النوافل هل ثنتي أو أربع أو ثلث فقال مالك والشافعي صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى وسلم في كل ركعتين وقال أبو حنيفة إن شاء ثنتي أو ثلث أو أربع أو سدس أو ثمن دون أن يفصل بينهما بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار أربع * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب وذلك انه ورد في هذا الباب من حديث ابن عمر أن رجلاً سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال : صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه الصلاة والسلام : انه كان يصلي قبل الظهر ركعتين وبعد هاركتين وبعد المغرب ركعتين وبعد الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن أخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وثبت أيضاً من حديث عائشة أنها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثاً قالت فقلت يا رسول الله أتنام قبل أن توتر قال يا عائشة إن عيني تنامان ولا ينام قلبي وثبت عنه أيضاً من طريق أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام : من كان يصلي بعد الجمعة فليصل أربعاً وروى الاسود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان يصلي من الليل تسع ركعات فلما أسن صلى تسبع ركعات فمن أخذ أيضاً بظاهر هذه الاحاديث جوز التنفل بالاربعة والثلاث دون أن يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لا يتنفل بواحدة وأحسب ان فيه خلافاً شاذاً

﴿ الباب الرابع ﴾

في ركعتي دخول المسجد والجمهور على أن ركعتي دخول المسجد مندوب اليها من غير إيجاب
 وذهب أهل الظاهر الى وجوبها * وسبب الخلاف في ذلك هل الامر في قوله عليه الصلاة
 السلام: اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب أو على الوجوب فان الحديث
 متفق على صحته فمن تمسك في ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الاصل هو حمل الامر المطلقة
 على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم ينتدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب
 الى الندب قال الركعتان واجبتان ومن انتدح عنده دليل على حمل الامر ههنا على الندب
 أو كان الاصل عنده في الامر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فان هذا
 قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين لكن الجمهور انما ذهبوا الى حمل الامر ههنا على
 الندب لما كان التعارض الذي بينه وبين الاحاديث التي تقتضي بظاهرها أو بنصها ان لا
 صلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التي ذكرناها في صدر هذا الكتاب مثل حديث
 الاعرابي وغيره وذلك انه ان حمل الامر ههنا على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثر
 من خمس ولما أوجبها ان الوجوب ههنا انما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقاً كالامر
 بالصلوات المفروضة وللفقهاء ان تقيدها بوجوبها بالمكان شبيهه بتقيدها بالزمان ولا هل
 الظاهر ان المكان المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة
 المفروضة * واختلف العلماء من هذا الباب فمن جاء المسجد وقدر ركع ركعتي الفجر في بيته
 هل يركع عند دخوله المسجد أم لا فقال الشافعي يركع وهي رواية أشهب عن مالك وقال أبو
 حنيفة لا يركع وهي رواية ابن القاسم عن مالك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه
 الصلاة والسلام: اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد
 الفجر الا ركعتي الصبح فيها هنا عمومان وخصوصان، أحدهما في الزمان، والآخر في الصلاة
 وذلك أن حديث الامر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي
 عن الصلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص
 الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب
 ذلك وقد قلنا ان مثل هذا التعارض اذا وقع فلا يسر يجب ان يصار الى أحد التخصيصين الا
 بدليل وحديث النهي لا يعارض به حديث الامر الثابت والله أعلم فان ثبت الحديث وجب
 طلب الدليل من موضع آخر .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغّب فيه أكثر من سائر الأشهر لقوله عليه الصلاة والسلام: من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه وإن التراويح التي جمع عليها عمر ابن الخطاب الناس مرغّب فيها وإن كنوا اختلفوا أيّ أفضل أمي أو الصلاة آخر الليل أعني التي كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور على أن الصلاة آخر الليل أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام: أفضل الصلاة صلاة تكم في بيوتكم إلا المكتوبة ولقول عمر فيها والتي تنامون عنها أفضل * واختلفوا في المختار من عدد الركعات التي يقوم بها الناس في رمضان فاختار مالك في أحد أقواله وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وداود والقيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستاً وثلاثين ركعة والوتر ثلاث * وسبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك أن مالكاً روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون في زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن أبي شيبة عن داود بن قيس قال أدركت الناس بالمدينة في زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستاً وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك أنه لا مر القديم يعني القيام بست وثلاثين ركعة .

﴿ الباب السادس في صلاة الكسوف ﴾

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وأنها في جماعة ، واختلفوا في صفتها وفي صفة القراءة فيها وفي الأوقات التي تجوز فيها وهل من شرطها الخطبة أم لا وهل كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس ففي ذلك خمس مسائل أصول في هذا الباب

﴿ المسئلة الأولى ﴾ ذهب مالك والشافعي وجمهور أهل الحجاز وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركوعان وذهب أبو حنيفة والكوفيون إلى أن صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب ومخالفة التمسك لبعضها وذلك أنه ثبت من حديث عائشة أنها قالت خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم قام فأطال القيام وهو دون القيام الأول ثم ركع فأطال الركوع وهو دون الركوع الأول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل في الركعة الآخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلّت الشمس ولما ثبت أيضاً من هذه الصفة في حديث ابن عباس أعني من ركوعين في ركعة قال

أبو عمر هذان الحديثان من أصح ما روى في هذا الباب فمن أخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان في ركعة وورد أيضاً من حديث أبي بكر وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير أنه صلى في الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال أبو عمر بن عبد البر وهي كلها آثار مشهورة صحاح ومن أحسنها حديث أبي قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف نحو صلاة تكبير ركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس فمن رجع هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس أعني موافقتها لسائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضي خرج مسلم حديث سمرة قال أبو عمر وبالجملة قائماً صار كل فريق منهم إلى ما روى عن سلفه ولذلك رأى بعض أهل العلم أن هذا كله على التخيير ومن قال بذلك الطبري ، قال القاضي وهو الأولى فإن الجمع أولى من الترجيح قال أبو عمر وقد روى في صلاة الكسوف عشر ركعات في ركعتين وثمان ركعات في ركعتين وست ركعات في ركعتين وأربع ركعات في ركعتين لكن من طرق ضعيفة . قال أبو بكر بن المنذر وقال اسحاق بن راهويه كل ما ورد من ذلك فوئلف غير مختلف لأن الاعتبار في ذلك لتجلى الكسوف فله زيادة في الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلي في الكسوفات التي صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد أنه كان يرى أن المصلي ينظر إلى الشمس إذا رفع رأسه من الركوع فإن كانت قد تجلت سجد وأضاف إليها ركعة ثانية وإن كانت لم تنجل ركع في الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر إلى الشمس فإن كانت تجلت سجد وأضاف إليها ثانية وإن كانت لم تنجل ركع ثالثة في الركعة الأولى وهكذا حتى تنجلي وكان اسحاق بن راهويه يقول لا يتعدى بذلك أربع ركعات في ركعة لأنه لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك وقال أبو بكر بن المنذر وكان بعض أصحابنا يقول الاختيار في صلاة الكسوف ثابت والخيار في ذلك للمصلي إن شاء في كل ركعة ركوعين وإن شاء ثلاثة وإن شاء أربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى في كسوفات كثيرة ، قال القاضي هذا الذي ذكره هو الذي خرج مسلم ولا أدري كيف قال أبو عمر فيها أنها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات في ركعتين فأما أخرجه أبو داود فقط .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلفوا في القراءة فيها فذهب مالك والشافعي إلى أن القراءة فيها سر وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد واسحاق وابن راهويه يجهر بالقراءة فيها * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك بمفهومها وبصيغها وذلك أن مفهوم

حديث ابن عباس الثابت انه قرأ أسراً لقوله فيه عنه عليه الصلاة والسلام فقام قياماً نحواً من سورة البقرة وقدر وى هذا المعنى نصاً عنه انه قال قمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسمعت منه حرفاً وقدر وى أيضاً من طريق ابن اسحاق عن عائشة في صلاة الكسوف انها قالت تحريت قراءته فخررت انه قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الاحاديث قال ان قراءتها فيها سر ولمكان ما جاء في هذه الاثر واستحب مالك والشافعي ان يقرأ في الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفي الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفي كل واحدة ام القرآن ورجحوا أيضاً مذهبهم هذا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: صلاة انهم اعجماء ووردت ههنا أيضاً احاديث مخالفة لهذه فمنها انه روى انه عليه الصلاة والسلام: قرأ في احدي الركعتين من صلاة الكسوف بالنجم ومفهوم هذا انه جهر وكان أحمد واسحاق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام: جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال أبو عمر سفيان ابن الحسن ليس بالقوى وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهري عبد الرحمن بن سليمان بن كثير وكلهم لبس في الحديث الزهري مع أن حديث ابن اسحاق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء أيضاً لمذهبهم بالنسبة الشبهى فقالوا صلاة سنة تفعل في جماعة نهاراً فوجب ان يجهر فيها أصله العيدان والاستسقاء وخير في ذلك كله الطبري وهي طريقة الجمع وقد قلنا انها أولى من طريقة الترجيح اذا أمكنت ولا خلاف في هذا أعلمه بين الاصوليين .

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلفوا في الوقت الذي تصلى فيه فقال الشافعي تصلى في جميع الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وغير المنهى وقال أبو حنيفة لا تصلى في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وأما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا في الوقت الذي تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنها ان تصلى ضحى الى الزوال * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في جنس الصلاة التي لا تصلى في الاوقات المنهى عنها فمن رأى أن تلك الاوقات تختص بجميع اجناس الصلاة لم يحز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن رأى أن تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده في الكسوف سنة أجاز ذلك ومن رأى أيضاً انها من النفل لم يحزها في اوقات المنهى وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبهها بصلاة العيد .

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا أيضاً هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعي الى أن ذلك من شرطها وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا خطبة في صلاة الكسوف

* والسبب في اختلافهم في العلة التي من أجلها خطب رسول الله الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما في حديث عائشة وذلك أنهاروت انه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال : ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته الحديث فزعم الشافعي انه انما خطب لان من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال بقول أولئك ان خطبة النبي عليه الصلاة والسلام انما كانت يومئذ لان الناس زعموا أن الشمس انما كسفت لموت ابراهيم ابنه عليه السلام

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واختلفوا في كسوف القمر فذهب الشافعي الى انه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى في كسوف الشمس وبه قال أحمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة إلى انه لا يصلى له في جماعة واستحبوا أن يصلى الناس له اذا ذأركعتين كسائر الصلوات النافلة * وسبب اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتوها فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا خراج البخاري ومسلم فن فهم ههنا من الامر بالصلاة فيهما معنى واحد أوهي الصفة التي فعلها في كسوف الشمس رأى الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفاً لأنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه صلى في كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم من ذلك أقل ما ينطلق عليه اسم صلاة في الشرع وهي النافلة فذاً وكان قائل هذا القول يرى أن الأصل هو ان يحمل اسم الصلاة في الشرع اذا ورد الا مر بها على أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الشرع إلا ان يدل الدليل على غير ذلك فلماذا فعله عليه الصلاة والسلام في كسوف الشمس على غير ذلك بقي المفهوم في كسوف القمر على أصله والشافعي يجعل فعله في كسوف الشمس بياناً لجعل ما أمر به من الصلاة فيهما فوجب الوقوف عند ذلك وزعم أبو عمر بن عبد البر انه روى عن ابن عباس وعثمان انهما صليا في القمر في جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعي وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياساً على كسوف القمر والشمس لنصه عليه الصلاة والسلام على العلة في ذلك وهو كونها آية وهو من أقوى اجناس القياس عندهم لانه قياس العلة التي نص عليها لكن لم ير هذا مالك ولا الشافعي ولا جماعة من أهل العلم وقال أبو حنيفة ان صلى للزلزلة فقد أحسن والا فلا حرج وروى ابن عباس انه صلى لها مثل صلاة الكسوف .

﴿ الباب السابع في صلاة الاستسقاء ﴾

أجمع العلماء على أن الخروج إلى الاستسقاء والبروز عن المصير والدعاء إلى الله تعالى والتضرع إليه في نزول المطر سنة سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الصلاة في الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج إلى الاستسقاء إلا أبو حنيفة فإنه قال ليس من سنة الصلاة * وسبب الخلاف أنه ورد في بعض الآثار أنه استسقى وصلى وفي بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ما ورد في أنه صلى وبه أخذ الجمهور حديث عباد بن نعيم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهراً فيهما بالقرآن ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرّجه البخاري ومسلم وأما الأحاديث التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فمنها حديث أنس بن مالك خرّجه مسلم أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هلكت المواشي وتقطعت السبل فدع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فمطرنا من الجمعة إلى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازني وفيه أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الأثر أن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب أعني أنه خرج إلى المصلى فاستسقى ولم يصل والحجة للجمهور أنه من لم يذكر شيئاً فليس هو بحجة على من ذكره والذي يدل عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس عندي فيه شيء أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء إذ قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر لأنها ليست من سنته كما ذهب إليه أبو حنيفة وأجمع القائلون بأن الصلاة من سنته على أن الخطبة أيضاً من سنته لورود ذلك في الآثار قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلفوا هل هي قبل الصلاة أو بعدها لا خلاف إلا تارفي ذلك فرأى قوم أنها بعد الصلاة قياساً على صلاة العيدين وبه قال الشافعي ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه تأخذ . قال القاضي وقد خرج ذلك أبو داود من طرق ومن ذكر الخطبة فأنكرها في علمي قبل الصلاة وانفقوا على أن القراءة في جهراً * واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات وذهب الشافعي إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في العيدين * وسبب الخلاف اختلافهم في قياسها على صلاة العيدين

وقد احتج الشافعي لمذهبه في ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى فيهما ركعتين كما يصلي في العيدين وانفقوا على أن من ستهان يستقبل الامام القبلة واقفاً ويدعو ويحول رداءه رافعاً يديه على ما جاء في الآثار واختلقوا في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فأما كيف ذلك فالجمهور على أنه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه وقال الشافعي بل يجعل أعلاه أسفله وما على يمينه منه على يساره وما على يساره على يمينه * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم: خرج إلى المصلى يستسقي فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفي بعض رواياته قلت أجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل أعلاه أسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء أيضاً في حديث عبد الله هذا أنه قال استسقي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فأراد أن يأخذ بأسفلها في جعله أعلاه فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه

وأما متى يفعل الامام ذلك فإن مالك والشافعي قالوا يفعل ذلك عند التفرغ من الخطبة وقال أبو يوسف يحول رداءه إذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك أيضاً عن مالك وكلهم يقول أنه إذا حول الامم رداءه قائماً حول الناس ارديتهم جلوساً لقوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الامام ليؤتم به الا محمد بن الحسن والليث بن سعد وبعض أصحاب مالك فإن الناس عندهم لا يحولون ارديتهم يتحول الامام لانه لم يتل ذلك في صلاته عليه الصلاة والسلام بهم وجماعة العلماء على أن الخروج لها وقت الخروج إلى صلاة العيدين الا أبابكر ابن محمد بن عمر بن حزم فإنه قال ان الخروج إليها عند الزوال وروى أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: خرج إلى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس .

﴿ الباب الثامن في صلاة العيدين ﴾

أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنها بلا أذان ولا إقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما أحدث من ذلك معاوية في أصح الأقاويل قاله أبو عمر وكذلك أجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك أيضاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما روى عن عثمان بن عفان أنه أخر الصلاة وقدم الخطبة لثلايفترق الناس قبل الخطبة وأجمعوا أيضاً على أنه لا توقيت في القراءة في العيدين وأكثرهم استحب أن يقرأ في الأولى بسبح وفي الثانية بالغاشية لتوارد ذلك عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعي القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة
لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام * واختلفوا من ذلك في مسائل أشهرها اختلافهم في
التكبير وذلك انه حكى في ذلك أبو بكر بن المنذر نحواً من اثني عشر قولاً الا اننا ذكرنا ذلك
المشهور الذي يستند الى صحابي أو سماع (فنقول) ذهب مالك الى أن التكبير في الاولى من
ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من
السجود وقال الشافعي في الاولى ثمانية وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال
أبو حنيفة يكبر في الاولى ثلاثاً بعد تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم
يكبر راكعاً ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم
كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه وقال قوم فيها تسع في كل ركعة
وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال
الناخعي * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المتولدة في ذلك عن الصحابة فذهب مالك
رحمه الله الى ما رواه عن ابن عمر انه قال شهدت الانخعي والفطر مع أبي هريرة فكبر في الاولى
سبع تكبيرات قبل القراءة وفي الآخرة خمساً قبل القراءة ولان العمل عنده بالمدينة كان على
هذا وهذا الاثر بعينه أخذ الشافعي الا انه تأول في السبع انه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما
ليس في الخمس تكبيرة القيام ويشبهه أن يكون مالك انما أصره أن يعد تكبيرة الاحرام في
السبع ويعد تكبيرة القيام زائداً على الخمس المروية ان العمل انما هو على ذلك فكانه عنده وجه
من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرج أبو داود ومعنى حديث أبي هريرة مرفوعاً عن عائشة
وعن عمرو بن العاصي وروى أنه سئل أبو موسى الاشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الانخعي والفطر فقال أبو موسى كان يكبر أربعاً على
الجنائز فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى كذلك كنت أكبر في البصرة حين كنت عليهم
وقال قديم هذا وأما أبو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتمدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك
انه ثبت عنه انه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجميع الى الاخذ
بأقوال الصحابة في هذه المسئلة لانه لم يثبت فيها عن النبي عليه الصلاة والسلام شيء ومعلوم
أن فعل الصحابة في ذلك هو توقيف اذا لم يدخل للقياس في ذلك وكذلك اختلفوا في رفع
اليدين عند كل تكبيرة فمنهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم من لم يرفع الا في
الاستفتاح فقط ومنهم من خير * واختلفوا فيمن يجب عليه صلاة العيد أعني وجوب السنة
فما لم تائقه يصليها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال

الشافعي انه يصلها أهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في بيتها وقال أبو حنيفة وأصحابه انما
تجب صلاة الجمعة والعيد على أهل الامصار والمدائن وروى عن علي أنه قال: لا الجمعة ولا
تسريق الا في مصر جامع وروى عن الزهري انه قال: لا صلاة فطر ولا أنضحى على مسافر *
والسبب في هذا الاختلاف اختلاف فهم في قياسها على الجمعة فن قاسها على الجمعة كان مذهبه
فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رأى ان الاصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت
استثناؤه من الخطاب ، قل القاضي قد فرقت السنة بين الحكم للنساء في العيد والجمعة
وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيد ولم يأمر بذلك في الجمعة
وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه الحجىء اليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من الثلاثة
الاميال الى مسيرة اليوم التام وانفقوا على أن وقفها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا
فبين لم يأمرهم علم بانه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من الغد
وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيد وبه
قال الاوزاعي وأحمد واسحاق قال أبو بكر بن المنذر وبه نقول لحديث رويناه عن النبي
عليه الصلاة والسلام: انه أمرهم أن يفطروا فإذا أصبحوا أن يعودوا الى مصلاهم . قال القاضي
خرجه أبو داود الا أنه عن صحابي مجهول ولكن الاصل فيهم رضي الله عنهم حملهم على العدالة
واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يحزى العيد عن الجمعة فقال قوم يحزى العيد
عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبدل عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير
وعلى وقال قوم هذه رخصة لاهل البوادي الذين يردون الامصار للعيد والجمعة خاصة كما
روى عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة
فلينظر ومن أحب أن يرجع فليرجع واه مالك في الموطأ وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز
وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فلكف مخاطب بهما جميعاً
العيد على أنه سنة والجمعة على أنها فرض ولا ينوب أحدهما عن الآخر وهذا هو الاصل
الا أن يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلانه رأى أن مثل هذا
ليس هو بالرأى وانما هو توقيف وإيس هو بخارج عن الاصول كل الخروج

وأما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي هي بدله لما كان صلاة العيد فخارج عن الاصول
جداً الا أن يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه * واختلفوا فيمن نفوته صلاة العيد مع الامام
فقال قوم يصلى أربعاً وبه قال أحمد والثوري وهو مروي عن ابن مسعود وقال قوم بل
يقضيهما على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويحجر كجهره وبه قال الشافعي

وأبو ثور وقال قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبير العيد وقال قوم ان صلى الامام في المصلي صلى ركعتين وان صلى في غير المصلي صلى أربع ركعات وقال قوم لا قضاء عليه أصلاً وهو قول مالك وأصحابه وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي فمن قال أربعاً شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاهما الامام فصيراً الى أن الاصل هو أن القضاء يجب أن يكون على صفة الاداء ومن منع القضاء فلا يراه رأى انها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا أربعاً اذ ليست هي بدلاً من شيء وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعني قول الشافعي وقول مالك وأما سائر الاقوال في ذلك فضعيف لا معنى له لان صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلاً من شيء فكيف يجب أن تناس احدهما على الاخرى في القضاء وعلى الحقيقة فليس من قاتله الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هي أداء لانه اذا قاته البطل وجبت هي والله الموفق للصواب * واختلفوا في التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على أنه لا يتنفل لاقبلها ولا بعدها وهو مروي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال أحمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب أنس وعروة وبه قال الشافعي وفيه قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وهو مروي أيضاً عن ابن مسعود وفرق قوم بين أن تكون الصلاة في المصلي أو في المسجد وهو مشهور مذهب مالك * وسبب اختلافهم انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخرج يوم فطر أو يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصلي قبلهما ولا بعدهما وقال عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين وتردها أيضاً من حيث هي مشروعة بين أن يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة أولاً يكون ذلك حكمها فمن رأى أن ترك الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلي لم يستحب تنالاً قبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في الصلاة قبلها اذا صليت في المسجد كون دليل العمل معارضة في ذلك القول أعني انه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصلي صلاة العيد يستحب له ان لا يركع تشبهاً بفعله عليه الصلاة والسلام ومن رأى ان ذلك من باب الرخصة ورأى ان اسم المسجد ينطلق على المصلي ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحباب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا ورأى قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لا من باب المنسوبة ولا من باب المكروه وهو أقل اشتباهاً أن لم يتناول اسم المسجد المصلي

واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى
ولتكموا العدة ولتكبروا لله على ما هداكم فقال جمهور العلماء يكبر عند الغدو إلى الصلاة
وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك وأحمد وأسحق
وأبو ثور وقال قوم يكبر من ليلة الفطر إذا رآوا الهلال حتى يغدوا إلى المصلي وحتى يخرج
الامام وكذلك في ليلة الاضحى عندهم ان لم يكن حاجا وروى عن ابن عباس انكار التكبير
جملة الا اذا كبر الامام واتفقوا أيضا على التكبير في ادبار الصلوات أيام الحج واختلفوا في
توقيت ذلك اختلافا كثيرا فقال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة إلى العصر من آخر
أيام التشريق وبه قال سفيان وأحمد وأبو ثور وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر إلى
صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وهو قول مالك والشافعي وقال الزهري مضت السنة أن
يكبر الامام في الامصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر إلى العصر من آخر أيام التشريق وبالجملة
فاختلف في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة أقوال * وسبب اختلافهم في ذلك هو
انه نزلت بالعمل ولم ينزل في ذلك قول محدود فلم تختلف الصحابة في ذلك اختلف من
بعدهم والاصل في هذا الباب قوله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات) فهذا الخطب وان
كان المتصوذه أولا أهل الحج فان الجمهور رأوا انه يعم أهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل
وان كان اختلفوا في التوقيت في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على التخيير لانهم كلهم أجمعوا
على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير دبر الصلوات في هذه الايام انما هو لمن صلى في
جماعة وكذلك اختلفوا في صفة التكبير في هذه الايام فقال مالك والشافعي يكبر ثلاثا الله أكبر
الله أكبر الله أكبر وقيل يزيد بعد هذا لا اله الا الله وحده لا شريك له الملك وله الحمد وهو على
كل شيء قدير وروى عن ابن عباس انه يقول الله أكبر كبيرا ثلاث مرات ثم يقول الرابعة
ولله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شيء موقت * والسبب في هذا الاختلاف عدم التحديد في
ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع في ذلك التوقيت أعني فهم الاكثر وهذا هو السبب في
اختلافهم في توقيت زمان التكبير أعني فهم التوقيت مع عدم النص في ذلك وأجمعوا على انه
يستحب أن يفطر في عيد انظر قبل الغدو إلى المصلي وان لا يفطر يوم الاضحى الا بعد
النصراف من الصلاة وانه يستحب أن يرجع على غير الطريق التي مشى عليها الثبوت ذلك من
فعله عليه الصلاة والسلام.

﴿ الباب التاسع في سجود القرآن ﴾

والكلام في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول ، في حكم السجود ، وفي عدد السجودات التي هي عزائم أعني التي يسجد لها ، وفي الاوقات التي يسجد لها وعلى من يجب السجود ، وفي صفة السجود .

فما حكم سجود التلاوة فان أبا حنيفة وأصحابه قالوا هو واجب وقال مالك والشافعي هو مسنون وليس بواجب * وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الاوامر بالسجود والاخبار التي معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى (اذن لي عليهم آيات الرحمن خروا وسجدوا بكيا) هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فأبو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب ومالك والشافعي اتبعوا في مفهومها الصحابة اذ كانوا هم أقصد بفهم الاوامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية وقرأها تنهيا للناس للسجود قتال على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا الا أن نشاء قالوا وهذا بمحض الصحابة فلم ينتل عن أحد منهم خلاف وهم أقدمهم بعزى الشرع وهذا لما يحتج به من يرى قول الصحابي اذ لم يكن له مخالف حجة وقد احتج أصحاب الشافعي في ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقر القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الخج فلم يسجد ولم تسجد وكذلك أيضا يحتج لهؤلاء بما روي عنه عليه الصلاة والسلام : انه لم يسجد في المفصل وما روي انه سجد فيها لان وجه الجمع بين ذلك يقتضي ان لا يكون السجود واجبا وذلك بان يكون كل واحد منهم حدث بما روى من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد وأما أبو حنيفة فتمسك في ذلك بان الاصل هو حمل الاوامر على الوجوب أو الاخبار التي تنزل منزلة الاوامر وقد قال أبو المعالي ان احتجاج أبي حنيفة بالامور الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود مطلنا ليس يقتضي وجوبه متيدا أو هو عند القراءة أعني قراءة آية السجود قال ولو كان الامر كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التي فيها الامر بالصلاة واذ لم يجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التي فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود ولا بي حنيفة ان يقول قد أجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة في السجود عند تلاوة القرآن هي بمعنى الامر وذلك في أكثر المواضع واذا كان ذلك فتدور الامر بالسجود متيدا بالتلاوة أعني عند التلاوة وورد الامر به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد

وليس الامر في ذلك بالسجود كالأمر بالصلاة فإن الصلاة قيد وجوبها بقيود آخر وأيضاً
فإن النبي عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الأمر بالسجود الوارد فيها
أعني أنه عند التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الأمر في الوجوب عليه

وأما عدد عزائم سجود القرآن فإن ما لا يكافئ في الموطأ الأمر عندنا أن عزائم سجود
القرآن إحدى عشرة سجدة ليس في المفصل منها شيء وقال أصحابه، أولها خاتمة الأعراف،
وثانيها في الرعد عند قوله تعالى بالعدوالاتصال، وثالثها في النحل عند قوله تعالى ويفعلون
ما يؤمرون، ورابعها في بني إسرائيل عند قوله ويزيدهم خشوعاً وخامسها في مريم عند قوله تعالى
خروا سجداً وبكياوسادسها الأولى من الحج عند قوله تعالى إن الله يفعل ما يشاء، وسابعها في
الفرقان عند قوله وزادهم هورا. وثامنها في النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم، وتسابعها في الم
تزيل عند قوله تعالى وهم لا يستكبرون وعاشرها في ص عند قوله تعالى وخررا كعواً وأناب،
والحادية عشرة في حم تزيل عند قوله تعالى إن كنتم إياه تعبدون وقيل عند قوله وهم لا يستمرون
وقال الشافعي أربع عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل في الانشقاق وفي النجم وفي اقرأ باسم
ربك ولم ير في ص سجدة لأنها عند من باب الشكر وقال أحمد في خمس عشرة سجدة أثبت
فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة هي اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوي هي كل
سجدة جاءت بلفظ الخبر * والسبب في اختلافهم اختلافهم في المذاهب التي اعتمدوها في
تصحيح عددها وذلك أن منهم من اعتمد عمل أهل المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنهم
من اعتمد السماع أما الذين اعتمدوا العمل فمالك وأصحابه وأما الذين اعتمدوا القياس فابو
حنيفة وأصحابه وذلك أنهم قالوا وجدنا السجدة التي أجمع عليها جاءت بصيغة
الخبر وهي . سجدة الأعراف . والنحل . والرعد والاسراء . ومريم . وأول الحج .
والفرقان . والنمل والم تزيل فوجب أن يلحق بها سائر السجدة التي جاءت بصيغة الخبر
وهي التي في ص وفي الانشقاق ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الأمر وهي التي في النجم وفي
الثانية من الحج وفي اقرأ باسم ربك

وأما الذين اعتمدوا السماع فانهم صاروا إلى ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من
سجوده في الانشقاق وفي اقرأ باسم ربك وفي النجم خرج ذلك مسلم وقال الأثرم سئل أحمد كم
في الحج من سجدة قال سجدتان وصحح حديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال في الحج سجدتان وهو قول عمرو وعلي قال القاضي خروجه أبو داود وأما الشافعي فإنه

انما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه أبو داود عن أبي سعيد الخدري ان النبي عليه الصلاة والسلام قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فزل وسجد فلما كان يوم آخر قرأها فتهيأ الناس للسجود فقال انما هي توبة نبي ولكن رأيتم تشيرون للسجود فزلت فسجدت وفي هذا ضرب من الحجة لا بي حنيفة في قوله بوجوب السجود لانه علل ترك السجود في هذه السجدة بعلة انتفت في غيرها من السجودات فوجب أن يكون حكم التي انتفت عنها العلة بخلاف التي ثبتت لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب تجويز دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود في المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه أبو داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من المفصل منذ هاجر الى المدينة قال أبو عمر وهو منكر لان أباهريرة الذي روى سجوده في المفصل لم يصحبه عليه الصلاة والسلام الا بالمدينة وقد روى الثقات عنه انه سجد عليه الصلاة والسلام في والنجم

وأما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فمنع قوم السجود في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة على أصله في منع الصلوات المفروضة في هذه الاوقات ومنع مالك أيضاً ذلك في الموطأ لانها عنده من النفل والتفعل ممنوع في هذه الاوقات عنده وروى ابن القاسم عنه انه يسجد فيها بعد العصر ما لم تصفر الشمس أو تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعي وهذا بناء على انها سنة وان السنن تصلح في هذه الاوقات ما لم تدن الشمس من الغروب أو الطلوع

واما على من يتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القاري في صلاة كان أو في غير صلاة واختلفوا في السامع هل عليه سجود أم لا فقال أبو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع بشرطين أحدهما اذا كان قد لبس مع القرآن والاخر أن يكون القاري يسجد وهو مع هذا ممن يصح أن يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القاري ممن لا يصلح للإمامة اذا جلس اليه

وأما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القاري كبر اذا خفض واذا رفع واختلف قول مالك في ذلك اذا كان في غير صلاة وأما اذا كان في الصلاة فانه يكبر قولاً واحداً .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ﴾

﴿ كتات أحكام الميت ﴾

والكلام في هذا الكتاب وهي حقوق الاموات على الاحياء ينقسم الى ست جمل
الجملة الاولى فيما يستحب ان يفعل به عند الاحضار وبعده الثانية في غسله الثالثة في تكفينه
الرابعة في حمله واتباعه ، الخامسة في الصلاة عليه ، السادسة في دفنه .

﴿ الباب الأول ﴾

و يستحب أن يمتن الميت عند الموت شهادة أن لا اله الا الله لقوله عليه الصلاة والسلام ، لقنوا
موتاكم شهادة أن لا اله الا الله وقوله من كان آخر قوله لا اله الا الله دخل الجنة واختلقوا في
استحباب توجهه الى القبلة فرأى ذلك قوم ولم يرد آخرون وروى عن مالك انه قال في
التوجيه ما هو من الامر القديم وروى عن سعيد بن المسيب انه أنكر ذلك ولم يرد ذلك عن
أحمد من الصحابة ولا من التابعين أثنى الامر بالتوجيه فذا قضى الميت غمض عينه
و يستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك الا العرق فانه يستحب في المذهب تأخير دفنه
مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم يتبين حياته قال القاضي واذا قيل هذا في العرق فهو أولى في
كثير من المرضى مثل الذين يصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الأطباء
حتى لقد قال الأطباء المسكوتين لا ينبغي أن يدفنوا الا بعد ثلاث .

﴿ الباب الثاني في غسل الميت ﴾

ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة . منها في حكم الغسل ، ومنها فيمن يجب غسله من الموتى ومن
يجوز أن يغسل وما حكم الغاسل ومنها في صفة الغسل .

﴿ الفصل الأول ﴾

فأما حكم الغسل فانه قيل فيه انه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما
في المذهب والسبب في ذلك انه ثقل بالعمل لا بالقول والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب
أولا تفهمه وقد احتج عبد الوهاب بوجوبه بقوله عليه الصلاة والسلام في ابنته اغسلها ثلاثا

أو خمساً وبقوله في المحرم اغسلوه فمن رأى أن هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لا مخرج الأمر به لم يقتل بوجوبه ومن رأى أنه يتضمن الأمر والصفة قال بوجوبه .

* (الفصل الثاني) *

وأما الاموات الذين يجب غسلهم فانهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذي لم يقتل في معترك حرب الكفار واختلفوا في غسل الشهيد وفي الصلاة عليه وفي غسل المشرك فاما الشهيد أعني الذي قتله في المعترك المشركون فان الجمهور على ترك غسله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلي أحد فدفعوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فان كل ميت يحجب ولعلمهم كانوا يرون أن ما فعل بقتلي أحد كان لموضع الضرورة أعني المشقة في غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبري وسئل أبو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقتل قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه وكان شهيداً برحمته الله واختلف الذين اتفقوا على أن الشهيد في حرب المشركين لا يغسل في الشهداء من قتل للصمص أو غير أهل الشرك فقالوا لا وزاعى وأحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله أهل الشرك وقال مالك والشافعي يغسل * وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هي الشهادة مطلقاً أو الشهادة على أيدي الكفار فمن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبي عليه الصلاة والسلام أنه شهيد ممن قتل ومن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم وأما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقره إلا أن يخاف ضياعه فيؤاخره وقال الشافعي لا بأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفعهم وبه قال أبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه قال أبو بكر بن المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لما مات * وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة أو من باب النظافة فان كانت عبادة لم يحز غسل الكافر وان كانت نظافة جاز غسله .

* (الفصل الثالث) *

وأما من يجوز أن يغسل الميت فانهم اتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون النساء واختلفوا في المرأة تموت مع الرجال أو الرجل يموت مع النساء ما لم يكونا زوجين على

ثلاثة أقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب وقال قوم يمس كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا يمس به وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل * وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهي على الأمر أو الأمر على النهي وذلك أن الغسل مأمور به ونظر الرجل إلى بدن المرأة والمرأة إلى بدن الرجل منهي عنه فمن غلب النهي تغليبا مطلقا أعني لم يقس الميت على الحي في كون طهارة التراب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا يمس به ومن غلب الأمر على النهي قال يغسل كل واحد منهما صاحبه أعني غلب الأمر على النهي تغليبا مطلقا ومن ذهب إلى التيمم فلأنه رأى أنه لا يلحق الأمر والنهي في ذلك تعارض وذلك أن النظر إلى مواضع التيمم يجوز لكلا الصنفين ولذلك رأى مالك أن يمس الرجل المرأة في يديها وجهها فقط لكون ذلك منها ليسا بعورة وأن تيمم المرأة الرجل إلى المرفقين لأنه ليس من الرجل عورة إلا من السرة إلى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التي نقلت الميت من الغسل إلى التيمم عنده من قال به هي تعارض الأمر والنهي فكانه شبه هذه الضرورة بالضرورة التي يجوز معها المحي التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور قاما مالك فاختلاف قوله في هذه المسئلة فمرة قال يمس كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ومرة فرق في ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوى المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه أن له في ذوى المحارم ثلاثة أقوال ، أشهرها أنه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب ، والثاني أنه لا يغسل أحدهما صاحبه لكن يمس مثل قول الجمهور في غير ذوى المحارم والثالث الفرق بين الرجال والنساء أعني تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فبسبب المنع أن كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر إلى موضع الغسل من صاحبه كالأجانب سواء * وسبب الإباحة أنه موضع ضرورة وهم أعذر في ذلك من الأجانب * وسبب الفرق أن نظر الرجال إلى النساء أغلظ من نظر النساء إلى الرجال بدليل أن النساء حجب عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها واختلفوا في جواز غسله إياها فالجمهور على جواز ذلك وقال أبو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته * وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق قال لا يحل أن ينظر إليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال أن ما يحل له من النظر إليها قبل الموت يحل له بعد الموت وإنما دعا أبو حنيفة أن يشبه الموت بالطلاق لأنه رأى أنه إذا ماتت إحدى الأختين حل له نكاح الأخرى كالحال فيها إذا طلقت وهذا فيه بعد فإن عامة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت ولذلك

حلت الا ان يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وان منع الجمع بين الاختين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوى حينئذ مذهب أبي حنيفة وكذلك أجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تغسل زوجها واختلقوا في الرجعية فروى عن مالك انها تغسله وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال ابن القاسم لا تغسله وان كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لانه ليس يجوز عنده أن يراها وبه قال الشافعي * وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج أن ينظر الى الرجعية أولا ينظر اليها

وأما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه * وسبب اختلافهم معارضة حديث أبي هريرة لحديث أسماء وذلك ان أبا هريرة روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : من غسل ميتا فليغتسل ، ومن حملة فليتوضأ خرجه أبو داود وأما حديث أسماء فانها لما غسلت أبا بكر رضى الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار وقالت انى صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل على من غسل قالوا لا وحديث أسماء في هذا صحيح وأما حديث أبي هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيما حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث أسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة له فان من أنكر الشيء يحفل أن يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة في ذلك الشيء وسؤال أسماء والله أعلم يدل على الخلاف في ذلك في الصدر الاول ولهذا كله قال الشافعي رضى الله عنه على عادته في الاحتياط والالتفات الى الاثر لا غسل على من غسل الميت الا أن يثبت حديث أبي هريرة .

﴿ الفصل الرابع في صفة الغسل ﴾

وفي هذا الفصل مسائل ، احدها هل ينزع عن الميت قميصه اذا غسل أم يغسل في قميصه اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا غسل الميت تنزع ثيابه وتسترعورته وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يغسل في قميصه * وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام في قميصه بين أن يكون خاصا به وبين أن يكون سنة فمن رأى انه خاص به وانه لا يحرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حي قال يغسل عريانا لا عورته فقط التي يحرم النظر اليها في حال الحياة ومن رأى ان ذلك سنة يستند الى باب الاجماع أو الى الامر الالهى لانه روى في الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد أتى عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت في قميصه .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت وقال الشافعي يوضأ وقال مالك ان وضئ

فحسن * وسبب الخلاف في ذلك معارضة القياس للآثر وذلك ان القياس يقتضى الا وضوء على الميت لان الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا استقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذى هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد في الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث أم عطية الثابت ان الوضوء شرط في غسل الميت لان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في غسل ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخارى ومسلم ولذلك ليس يجب أن تعارض بالروايات التى فيها الغسل مطلقا لان المقيد يقتضى على المطلق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه أيضا أن يكون من أسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه وردت آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقا من غير ذكر وضوء فيها فهو لاء رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس لا في هذا الموضع والشافعى جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في التوقيت في الغسل فمنهم من أوجبه ومنهم من استحسنه واستحبه والذين أوجبوا التوقيت منهم من أوجب الوتر أى وتر كان وبه قال ابن سيرين ومنهم من أوجب الثلاثة فقط وهو أبو حنيفة ومنهم من حدد أقل الوتر في ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو الشافعى ومنهم من حد الاكثر في ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد بن حنبل ومن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حداً مالك بن أنس وأصحابه وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترط بل استحبه معارضة القياس للآثر وذلك ان ظاهر حديث أم عطية يقتضى التوقيت لان فيه اغسلنها ثلاثاً أو خمساً أو أكثر من ذلك ان رأيتن وفى بعض رواياته أو سبعمائة أو ما قياس الميت على الحى في الطهارة فيقتضى ان لا توقيت فيها كما ليس في طهارة الحى توقيت فمن رجح الاثر على النظر قال بالتوقيت ومن رأى الجمع بين الاثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب

وأما الذين اختلفوا في التوقيت * فسبب اختلافهم اختلاف ألفاظ الروايات في ذلك عن أم عطية فأما الشافعى فانه رأى أن لا ينقص عن ثلاثة لانه أقل وتر نطق به في حديث أم عطية ورأى أن ما فوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام: أو أكثر من ذلك ان رأيتن وأما أحمد فأخذ بأكثر وتر نطق به في بعض روايات الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: أو سبعمائة

وأما أبو حنيفة فصار في قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية ثلاثاً بغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وأيضاً فان الوتر

الشرعى عنده انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب أن يغسل في الاولى بالماء القراح وفي الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور واختلفوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله أم لا قليل لا يعاد وبه قال مالك وقليل يعاد والذين رأوا أنه يعاد اختلفوا في العدد الذى تجب به الاعداد ان تكرر خروج الحدث فقليل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعى وقليل يعاد ثلاثا وقليل يعاد سبعا وأجمعوا على أنه لا يزداد على السبع شئ واختلفوا في تقليم أظفار الميت والاخذ من شعره فقال قوم تقلم أظفاره ويؤخذ منه وقال قوم لا تقلم أظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه أثر * وأما سبب الخلاف في ذلك الخلاف الواقع في ذلك في الصدر الاول ويشبهه أن يكون سبب الخلاف في ذلك قياس الميت على الحي فنقاسه أو جب تقليم الأظفار وحلق العانة لأنها من سنة الحى باتفاق وكذلك اختلفوا في عصر بطنه قبل أن يغسل فمنهم من رأى ذلك . ومنهم من لم يره فمن رآه رأى أن فيه ضربا من الاستنقاء من الحدث عند ابتداء الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحى ومن لم يرد ذلك رأى أنه من باب تكليف ما لم يشرع وان الحى في ذلك بخلاف الميت .

الباب الثالث في الاكفان

والاصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أنواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج أبو داود عن ليلي بنت قائف الشقيقة قالت كنت فمى غسل ام كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول من أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقونم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر قالت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب مع أكتافهم ابنا ولناها ثوبان فبأن العلماء من أخذ بظاهر هذين الاثرين فقال يكفن الرجل في ثلاثة أنواب والمرأة في خمسة أنواب وبه قال الشافعى وأحمد وجماعة وقال أبو حنيفة أقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أنواب والسنة خمسة أنواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة أنواب ورأى مالك أنه لا حد في ذلك وأنه يجزى ثوب واحد فهما الا أنه يستحب الوتر * وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الاثرين فمن فهم منهما الا باحة لم يلب بتوقيت الا أنه استحب الوتر لاتفاقهما في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكانه فهم منهما الا باحة الا في التوقيت فانه فهم منه شرعا لمناسبة للشرع ومن فهم من العدد أنه شرع لا باحة قال بالتوقيت إما على

جهة الوجوب وإما على جهة الاستحباب وكله واسع إن شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد بمكة فكانوا إذا غطوا به رأسه خرجت رجلاه وإذا غطوا به أرجليه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا به رأسه واجعلوا على رجليه من الأذخر وانفقوا على أن الميت يغطي رأسه ويطيب إلا المحرم إذا مات في أحرامه فانهم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم وقال الشافعي لا يغطي رأس المحرم إذا مات ولا يمس طيباً * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص

فأما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال كفنه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيباً فإنه يبعث يوم القيامة يلبي

وأما العموم فهو ما ورد من الأمر بالغسل مطلقاً فمن خص من الأموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء يقتل أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكماً على الجميع وقال لا يغطي رأس المحرم ولا يمس طيباً ومن ذهب بمذهب الجمع لا مذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الأعرابي خاص به لا يعدى إلى غيره .

* (الباب الرابع في صفة المشي مع الجنازة) *

واختلفوا في سنة المشي مع الجنازة فذهب أهل المدينة إلى أن من سنتها المشي أمامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم أن المشي خلفها أفضل * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التي روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام مرسلاً المشي أمام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال الشافعي وأخذ أهل الكوفة بمارو وعنه علي بن أبي طالب من طريق عبد الرحمن بن أبذي قال كنت أمشي مع علي في جنازة وهو آخذ بيدي وهو يمشي خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها فقلت له في ذلك فقال إن فضل المشي خلفها على المشي أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وأنهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان يسهلان على الناس وروى عنه رضي الله عنه أنه قال قد دما بين يديك واجعلها نصب عينيك فانما هي موعظة وتذكيرة وبما روى أيضاً عن ابن مسعود أنه كان يقول سألتنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبه عن النبي

صلى الله عليه وسلم : قال الراكب يمشي أمام الجنازة والماشي خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها وحديث أبي هريرة أيضاً في هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الأحاديث صارت إليها الكوفيون وهي أحاديث يصححونها ويضعفها غيرهم وأكثر العلماء على أن القيام إلى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الجنازة ثم جلس وذهب قوم إلى وجوب القيام وتمسكوا في ذلك بما روى من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا رأيتم الجنازة تقوموا إليها حتى تخلفكم أو توضع واختلف الذين رأوا أن القيام منسوخ في القيام على القبر في وقت الدفن فبعضهم رأى أنه لم يدخل تحت النهي وبعضهم رأى أنه داخل تحت النهي على ظاهر اللفظ ومن أخرجه من ذلك احتج بفعل علي في ذلك وذلك أنه روى النسخ وقام على قبر ابن المكنف فقبل له ألا تجلس يا أمير المؤمنين فقال قليل لا خينا قيامنا على قبره .

﴿ الباب الخامس في صلاة الجنازة ﴾

وهذه الجملة يتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول ، أحدها في صفة صلاة الجنازة . والثاني على من يصلي ومن أولى بالصلاة ، والثالث في وقت هذه الصلاة ، والرابع في موضع هذه الصلاة ، والخامس في شروط هذه الصلاة .

الفصل الأول

فأما صفة الصلاة فانهما يتعلق بهما مسائل

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلفوا في عدد التكبير في الصدر الأول اختلاف كثير من ثلاث إلى سبع أعني الصحابة رضي الله عنهم ولكن فقهاء الامصار على أن التكبير في الجنازة أربع إلا ابن أبي ليلى وجابر بن زيد فتنهما كانا يقولان أنها خمس * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه روى من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم إلى المصلى فصنف بهم وكبر أربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك أخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء في هذا المعنى أيضاً من أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعاً وروى مسلم أيضاً عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد بن أرقم يكبر على الجنازة أربعاً

وأنه كبر على جنازة خمساً فسألناه فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يكبرها وروى عن أبي خيثمة عن أبيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم : يكبر على الجنائز أربعاً وخمساً وستاً وسبعاً وثمانياً حتى مات النجاشي فصنف الناس وراءه وكبر أربعاً ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على أربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لا تحجة للجهم وروى أجمع العلماء على رفع اليدين في أول التكبير على الجنازة واختلفوا في سائر التكبير فتنازل قوم برفع وقال قوم لا برفع وروى الترمذي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه في أول التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى فمن ذهب إلى ظاهر هذا الأثر وكان مذهبه في الصلاة أنه لا يرفع إلا في أول التكبير قال الرفع في أول التكبير ومن قال يرفع في كل تكبير شبه التكبير الثاني بالاول لأنه كله يفعل في حال القيام والاستواء .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنازة فقال مالك وأبو حنيفة ليس فيها قراءة إنما هو الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به في بلدنا بحال قال وإنما بحمد الله ويثنى عليه بعد التكبيرة الاولى ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعي يقرأ بعد التكبيرة الاولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قال أحمد وداد وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر وهل يتناول أيضاً اسم الصلاة صلاة الجنائز أم لا أما العمل فهو الذي حكاه مالك عن يده وأما الأثر فارواه البخاري عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا أنها السنة فمن ذهب إلى ترجيح هذا الأثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن أن يحتاج لمذهب مالك بظواهر الآثار التي نقل فيها دعاءه عليه الصلاة والسلام على الجنائز ولم ينقل فيها أنه قرأ على هذا فتكون تلك الآثار كأنهم معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوي عن ابن شهاب عن أبي امامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وابناء الذين شهدوا بداراً أن رجلاً من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام أخبره أن السنة في الصلاة على الجنائز أن يكبر الإمام ثم يقرأ فاتحة الكتاب سراً في نفسه ثم يخلص الدعاء في التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي أخبر به أبو امامة من ذلك لحمد بن سويد الفهري فقال وأنا سمعت الضحاك بن قيس يحدث

عن حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به أبو امامة .
﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلفوا في التسليم من الجنائز هل هو واحد أو اثنين فالجمهور على انه واحد وقالت طائفة وأبو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من أصحاب الشافعي وهو أحد قولي الشافعي * وسبب اختلافهم اختلافهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليم واحدة في الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنائز عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين في الصلاة المفروضة قال بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فلهذه سنة وان كانت فرضا فلهذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجبر فيها أولا يجبر بالسلام .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا أين يقوم الامام من الجنائز فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكرأ كان أو أنثى وقال قوم آخرون يقوم من الانثى وسطها ومن الذكر عند رأسه ومنهم من قال يقوم من الذكر والانثى عند صدرهما وهو قول ابن القاسم وقول أبي حنيفة وليس عند مالك والشافعي في ذلك حد وقال قوم يقوم منهما أين شاء * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه خرج البخاري ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهي نساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج ابوداود من حديث همام بن غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاءوا بجنازة امرأة فقاموا بأمامة وصل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنائز كبرأر بها وقام على جنازة المرأة فقامك منها ومن الرجل فقامك منه قال نعم فاختلف الناس في المنهوم من هذه الأفعال فمنهم من رأى أن قيامه عليه الصلاة والسلام في هذه المواضع المختلفة يدل على الإباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى أن قيامه على أحد هذه الأوضاع انه شرع وأنه يدل على التحديد وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته فقال المرأة في ذلك والرجل سواء لان الأصل أن حكمهما واحد الا أن ثبت في ذلك فارق شرعي ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تعارض أصلا وأما مذهب ابن القاسم وأبي حنيفة فلا اعلم له من جهة السمع في ذلك مستند الا ما روى عن ابن مسعود من ذلك ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واختلفوا في ترتيب جنائز الرجال والنساء اذا اجتمعوا عند الصلاة

فقال الاكثر يجعل الرجال مما يلي الامام والنساء مما يلي القبلة وقال قوم بخلاف هذا أي النساء مما يلي الامام والرجال مما يلي القبلة وفيه قول ثالث انه يصلى على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات * وسبب الخلاف ما يغلب على الظن باعتبار أحوال الشرع من انه يجب أن يكون في ذلك شرع محدود مع انه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى كثير من الناس انه ليس في أمثال هذه المواضع شرع أصلاً وانه لو كان فيها شرع لبين للناس وانما ذهب الاكثر لما قلناه من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك في الموطأ من أن عثمان ابن عفان وعبد الله بن عمر وأباهريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معاً فيجعلون الرجال مما يلي الامام ويجعلون النساء مما يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر انه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصي فسألهم عن ذلك او امر من سألهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند عندهم ويشبهه أن يكون من قال بتقديم الرجال شبههم امام الامام بحالهم خلف الامام في الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام أخره من حيث أخره من الله وأما من قال بتقديم النساء على الرجال فيشبهه أن يكون اعتقد أن الاول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام

وأما من فرق فاحتياطاً من أن لا يجوز ممنوعاً لانه لم يرد سنة بجواز الجمع فيحتمل أن يكون على أصل الاباحة ويحتمل أن يكون ممنوعاً بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب التوقف اذا وجد اليه سبيلاً

﴿ المسئلة السادسة ﴾ واختلفوا في الذي يفوته بعض التكبير على الجنائز في مواضع منها هل يدخل بتكبير أم لا ومنها هل يقضى ما فاته أم لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا فروى اشهب عن مالك انه يكبر أول دخوله وهو أحد قولى الشافعي وقال أبو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياساً على من دخل في المفروضة واتفق مالك وأبو حنيفة والشافعي على أنه يقضى ما فاته من التكبير الا أن أبا حنيفة يرى أن يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعي يريان أن يتصديه نسفاً وانما اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا فمن رأى أن هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضى التكبير وما فاته من الدعاء ومن اخرج الدعاء من ذلك اذا كان غير مؤقت قال يقضى التكبير فقط اذا كان هو المؤقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك

العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فأبو حنيفة أخذ بالعموم وهو لا بالخصوص .
 ﴿ المسئلة السابعة ﴾ واختلفوا في الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنازة فقال مالك لا يصلى على القبر وقال أبو حنيفة لا يصلى على القبر إلا الولي فقط إذا فاتته الصلاة على الجنازة وكان الذي صلى عليها غير وليها وقال الشافعي وأحمد وداود وجماعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة واتفق القائلون بإجازة الصلاة على القبر أن من شرط ذلك حدوث الدفن وهو لا واختلفوا في هذه المدة وأكثرها شهر * وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر أما مخالفة العمل فإن ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى على قبر امرأة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من أصحاب الحديث قال أحمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها أحسان وزاد بعض الحديثين ثلاثة طرق فذلك تسع وأما البخاري ومسلم فروي ذلك من طريق أبي هريرة وأما مالك فنخرجه مرسلًا عن أبي امامة ابن سهل وقدرى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعي وأما أبو حنيفة فنهجى في ذلك على عادته فيما أحسب أعنى من رد أخبار الأئمة التي تعم بها البلوى إذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار إذا كان خيرًا شأنه ألا تنتشر قرينة توهم الخبر ونخرجه عن غلبة الظن بصدقه إلى الشك فيه أو إلى غلبة الظن بكذبه أو نسخه قال القاضي وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا في رجه الاستدلال بالعمل وفي هذا النوع من الاستدلال الذي يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا أنها من جنس واحد .

﴿ الفصل الثانى فيمن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم ﴾

وأجمع أكثر أهل العلم على إجازة الصلاة على كل من قال لا إله إلا الله وفي ذلك أثر أنه قال عليه الصلاة والسلام صلوا على من قال لا إله إلا الله وسواء كان من أهل الكبائر أو من أهل البدع إلا أن مالكاً كره لأهل الفضل الصلاة على أهل البدع ولم ير أن يصلى الإمام على من قتله خطأ * واختلفوا فيمن قتل نفسه فرأى قوم أنه لا يصلى عليه وأجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على أهل الكبائر ولا على أهل البغى والبدع * والسبب في اختلافهم في الصلاة إما في أهل البدع فلاختلافهم في تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتأويل لم يبدعهم في الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم إذا كان الكفر عنده أعماً هو تكذيب الرسول

لأن تأويل أفروا له الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة وإنما أجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى (ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبره) الآية وأما اختلافهم في أهل الكبائر فليس يمكن أن يكون له سبب إلا من جهة اختلافهم في القول بالكفر بالذنوب لكن ليس هذا مذهب أهل السنة فلذلك ليس ينبغي أن يمنع الانتهاء للصلاة على أهل الكبائر

وأما كراهية مالك الصلاة على أهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وإنما لم ير مالك صلاة الإمام على من قتله حداً لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرجه أبو داود وإنما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبي أن يصلي على رجل قتل نفسه فن صحح هذا الأثر قال لا يصلي على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى أن حكمه حكم المسلمين وإن كان من أهل النار كما ورد به الأثر لكن ليس هو من المخدلين لكونه من أهل الإيمان وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه : أخرجو من النار من في قلبه مثقال حبة من الإيمان واختلفوا أيضاً في الصلاة على الشهداء المتغولين في المعركة فقال مالك والشافعي لا يصلي على الشهيد المتغول في المعركة ولا يغسل وقال أبو حنيفة يصلي عليه ولا يغسل * وسبب اختلافهم اختلاف في الآثار الواردة في ذلك وذلك أنه خرج أبو داود من طرق جابر أنه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد فدفنوا بئسابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى من طريق ابن عباس مسنداً أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولم يمزم وروى أيضاً ذلك من سائر من حديث أبي مالك الغفاري وكذلك روى أيضاً أن أعرابياً جاءه سهم فوقع في حلقه فمات فصلى النبي صلى الله عليه وسلم عليه وقال إن هذا عبدك خرج مجاهد في سبيلك فقتل شهيداً وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الأحاديث التي أخذ بها وكانت الشافعية تعتل بحديث ابن عباس هذا وتقول يرويه ابن أبي الزناد وكان قد اختل آخر عمره وقد كان شعبة يظن فيه .

وأما المراسيل فليست عندهم بحجة واختلفوا متى يصلي على الطفل فقال مالك لا يصلي على الطفل حتى يستهل صارخاً وبه قول الشافعي وقال أبو حنيفة يصلي عليه إذا نفع فيه الروح وذلك أنه إذا كان له في بطن أمه أربعة أشهر فأكثر وبه قال ابن أبي ليلى وسبب اختلافهم في ذلك معارضة المطلق للمقيّد وذلك أنه روى الترمذي عن جابر بن

عبد الله عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صار خاور روى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبه انه قال: الطفل يصلى عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر فالواجب أن يحمل ذلك العموم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلى عليه اذا استهل صار خاور من ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم أن المتبر في الصلاة هو حكم الاسلام والحياة والطفل اذا تحرك فهو حي وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حتى اذا مات صلى عليه فرجحو هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذو وقال لا يصلى على الاطفال أصلا روى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام، لم يصلى على ابنه ابراهيم وهو ابن ثمانية أشهر روى فيه انه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلفوا في الصلاة على الاطفال المسيبين فذهب مالك في رواية البصريين عنه أن الطفل من أولاد الحربين لا يصلى عليه حتى يعقل الاسلام سواء سبي مع أبويه أو لم يسب معهما وأن حكمه حكم أبويه إلا أن يسلم الأب فهو تابع له دون الام موافقة الشافعي على هذا إلا انه ان أسلم أحد أبويه فهو عنده تابع لمن أسلم منهما لا للأب وحده على ما ذهب إليه مالك وقال أبو حنيفة يصلى على الاطفال المسيبين وحكمهم حكم من سباهم وقال الا وزاعى اذا ملكهم المسلمون صلى عليهم بمعنى اذا بيعوا في السبي قال وبهذا جرى العمل في الثغرو به انفتيا فيه وأجمعوا على انه اذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا أسلم أحد أبويهم ان حكمهم حكم آبائهم * والسبب في اختلافهم اختلافهم في أطفال المشركين هل هم من أهل الجنة أو من أهل النار وذلك انه جاء في بعض الآثار انهم من آبائهم أى ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة ان حكمهم حكم المؤمنين

وأما من أولى بالتقديم للصلاة على الجأزة فقول الولي وقيل الوالى فمن قال الوالى شبهه بصلاة الجمعة من حيث هي صلاة جماعة ومن قال الولي شبهه بسائر الحقوق التى الولى بها الحق مثل مواراته ودفنه وأكثر أهل العلم على أن الوالى بها أحق قال أبو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن على سعيد بن العاصي وهو والى المدينة ليصلى على الحسن بن على وقال لولا انها سنة ما تقدمت قال أبو بكر وبه أقول وأكثر العلماء على انه لا يصلى الا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشي والجمهور على أن ذلك خاص بالنجاشي وحده . واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على أكثره لتناول اسم الميت له

وهن قال انه يصلى على أقله قال لان حرمة البعض كحرمة الكل لاسباب ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يحجز الصلاة على الغائب

﴿ الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنازة ﴾

واختلفوا في الوقت الذي تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم لا يصلى عليها في الاوقات الثلاثة التي ورد النهى عن الصلاة فيها وهي وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: ينهانا أن نصلى فيها وأن نقبر موتانا الحديث وقال قوم لا يصلى في الغروب والطلوع فتتط ويصلى بعد العصر ما لم تصفر الشمس و بعد الصبح ما لم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة في الاوقات الخمسة التي ورد النهى عن الصلاة فيها ربه قال عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول أبي حنيفة وقال الشافعي يصلى على الجنازة في كل وقت لان النهى عنده انما هو خارج على النوافل لا على السنن على ما تقدم

﴿ الفصل الرابع في مواضع الصلاة ﴾

واختلفوا في الصلاة على الجنازة في المسجد فاجازها أكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم أبو حنيفة وبعض أصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتخفيفه اذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس في المسجد * وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث أبي هريرة أما حديث عائشة فمارواه مالك من أنها أمرت أن يمر عليها بسعد بن أبي وقاص في المسجد حين مات لتدعوه فانكر الناس عليها ذلك فتالت عائشة ما أسرع ما نسي الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهل بن بيضاء الا في المسجد وأما حديث أبي هريرة فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غير ثابت أو غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهاار العمل بخلاف ذلك عندهم وبشهادة ذلك بروزه صلى الله عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشي وقد زعم بعضهم أن سبب المنع في ذلك هو أن ميت بني آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعي ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنائز في المقابر للنهي الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الاكثر لعوم قوله عليه الصلاة والسلام جمعت لي الارض مسجد أو طهوراً .

﴿ الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة ﴾

واتفق الاكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على أن من شرطها القبلة واختلفوا في جواز التيمم لها اذا خيف فواتها فقال قوم يتيمم ويصلي لها اذا خاف القوات وبه قال أبو حنيفة وسفيان والا وزاعى وجماعة وقال مالك والشافعى وأحمد لا يصلي عليها بتيمم * وسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها أجاز التيمم أعنى من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لأنها عندهم من فروض الكفاية أو من سنن الكفاية على اختلافهم في ذلك وشد قوم فقالوا يجوز أن يصلي على الجنازة بغير طهارة وهو قول الشعبي وهو لا يظنون أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وإنما يتناولها اسم الدعاء إذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود .

﴿ الباب السادس في الدفن ﴾

وأجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى (ألم نجعل الارض كفانا أحياء وأمواتا) وقوله (فبعث الله غرارا يبحث في الارض) وكرد مالك والشافعى تجصيص القبور وأجاز ذلك أبو حنيفة وكذلك كره قوم التعمود عليها وقوم أجازوا ذلك وتأولوا النهى عن ذلك انه القعود عليها حاجة الانسان والاثار الواردة في النهى عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال انزل عن القبر لا تؤذى صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من أجاز التعمود على القبر بما روى عن زيد بن ثابت انه قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لحدث غائط أو بول قالوا وبؤيد ذلك ما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من جلس على قبر يبول اليه أو يتغوط فكأنما جلس على جمرة نار والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً

﴿ كتاب الصيام ﴾

وهذا الكتاب ينقسم أولاً قسمين، أحدهما في الصوم الواجب، والآخري في المندوب اليه والنظر في الصوم الواجب ينقسم الى قسمين، أحدهما في الصوم والآخري في الفطر، أما القسم الاول وهو الصيام فإنه ينقسم أولاً الى جملتين، إحداهما معرفة أنواع الصيام الواجب، والآخري معرفة أركانه

وأما القسم الذي يتضمن النظر في الفطر فإنه ينقسم الى معرفة المقطرات والى معرفة المقطرين وأحكامهم فلنبدأ بالقسم الاول من هذا الكتاب وبالجملة الاولى منه وهى معرفة أنواع الصيام

فتقول ان الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه والواجب ثلاثة أقسام، منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه، ومنه ما يجب لعلته وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بإيجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر والذي يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التي تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر في كتاب النذر فأما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع

فأما الكتاب فتقوله تعالى « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وأما السنة ففي قوله عليه الصلاة والسلام : بنى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للأعرابي : وصيام شهر رمضان قال هل على غيرهما قال لا إلا أن تطوع وأما الاجماع فإنه لم ينتقل اليه بخلاف عن أحد من الأئمة في ذلك

وأما على من يجب وجوباً غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح إذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهى الحيض للنساء هذا لا خلاف فيه لقوله « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » .

﴿ الجملة الثانية في الأركان ﴾ والاركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المقطرات، والثالث مختلف فيه وهو النية فأما الركن الاول الذى هو الزمان فإنه ينقسم الى

قسمين، أحدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان، والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو أيام هذا الشهر دون الليالي ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعداختلفوا فيها فلنبدأ بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب وأوّل ذلك في تحديد طرفي هذا الزمان وثانياً في معرفة الطريق التي بها يتوصل الى معرفة العلامة المحددة له في حق شخص شخص وأفق أفق

فما طرأ هذا الزمان فان العلماء أجمعوا على أن الشهر العربي يكون تسعاً وعشرين ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار في تحديد شهر رمضان إما هو الرؤية لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية وعنى بالرؤية أوّل ظهور القمر بعد السواد واختلفوا في الحكم اذا غم الشهر ولم يمكن الرؤية وفي وقت الرؤية المعتبر فاما اختلافهم اذا غم الهلال فان الجمهور يرون أن الحكم في ذلك أن تكمل العدة ثلاثين فان كان الذي غم هلال أوّل الشهر عدّ الشهر الذي قبله ثلاثين يوماً وكان أول رمضان الحادي والثلاثين وان كان الذي غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوماً وذهب ابن عمر الى أنه ان كان المنع على هلال أول الشهر صم اليوم الثاني وهو الذي يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف أنه اذا غم الهلال رجع الى الحساب بمسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعي أنه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنزل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال مرئى وقد غم فان له أن يعتد الصوم ويحزبه * وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله صلى الله عليه وسلم: صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية فان غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى أن تؤيله أكملوا العدة ثلاثين ومنهم من رأى أن معنى التقدير له عده بالحساب ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرء صائماً وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد في اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا التأويل لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام: فان غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب أن يحمل المجمل على المفسر وهي طريقة لا خلاف فيها بين الاصوليين فانه ليس عندهم بين المجمل والمفسر تعارض أصلاً فذهب الجمهور في هذا الاتجاه والله أعلم

وأما اختلافهم في اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على أنه اذا رأى من العشي أن الشهر من اليوم الثاني واختلفوا اذا رأى في سائر أوقات النهار أعنى أول ما رأى فذهب الجمهور أن القمر في أول وقت رأى من النهار أنه لليوم المستقبل كحكم رؤيته بالعشي وبهذا القول قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور أصحابهم وقال أبو يوسف من أصحاب أبي

حنيفة والثوري وابن حبيب من أصحاب مالك إذا روى الهلال قبل الزوال فهو ليلة الماضية وان روى بعد الزوال فهو ليلة آتية وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سبيله التجربة والرجوع الى الاخبار في ذلك وليس في ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام يرجع اليه لكن روى عن عمر رضي الله عنه أنان ، أحدهما عام ، والآخر مفسر فذهب قوم الى العام وذهب قوم الى المفسر فاما العام فهو ما رواه الانعمش عن أبي وائل شقيق بن سلمة قال أنا كتاب عمر ونحن بخاتمين ان الالهة بعضهم أكبر من بعض فاذا رأيت الهلال نهائراً فلا تفطروا حتى يشهد رجلان انهما رآياه بالامس وأما الخاص فاروى الثوري عنه أنه بلغ عمر بن الخطاب ان قوماً رأوا الهلال بعد الزوال فأفطروا فكتب اليهم يلومهم وقال : إذا رأيتم الهلال نهائراً قبل الزوال فأفطروا وإذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا قال القاضي الذي يقتضي القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد غروبها إلا وهو بعيد منها لانه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية وان كان يختلف في الكبر والصغر فبعيد والله أعلم أن يبلغ من الكبر أن يرى والشمس بعد غروبها ولكن المعتقد في ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق في ذلك قبل الزوال ولا بعده وانما المعتبر في ذلك مغيب الشمس أولاً مغيبها * وأما اختلافهم في حصول العلم بالرؤية فان له طريقين أحدهما الحس والآخر الخبر فاما طريق الحس فان العلماء أجمعوا على أن من أبصر هلال الصوم وحده ان عليه أن يصوم إلا عطاء بن أبي رباح فانه قال لا يصوم الا برؤية غيره معه واختلقوا هل يفطر برؤيته وحده فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد الى أنه لا يفطر وقال الشافعي يفطر وبه قال أبو ثور وهذا لا معنى له فان النبي عليه الصلاة والسلام قد أوجب الصوم والفطر للرؤية والرؤية انما تكون بالحس ولولا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث وانما فرق من فرق بين هلال الصوم والفطر لمكان سد الذريعة أن لا يدعى الفسق انهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعي ان ان خاف التهمة أمسك عن الاكل والشرب واعتقد الفطر وشذ مالك فقال من أفطر وقدر رأى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة وقال أبو حنيفة عليه القضاء فقط

وأما طريق الخبر فانهم اختلفوا في عدد الخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفي صفتهم فاما مالك فقال انه لا يجوز أن يصام ولا يفطر باقل من شهادة رجلين عدلين وقال الشافعي في رواية المزني أنه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر

بأقل من شهادة رجلين وقال أبو حنيفة إن كانت السماء مغيمة قبل واحد وان كانت
 صاحبة بمصر كبير لم تقبل الا شهادة الجهم الغفير وروى عنه أنه تقبل شهادة عدلين اذا
 كانت السماء مصحية وقدر وى عن مالك أنه لا تقبل شهادة الشاهدين الا اذا كانت
 السماء مغيمة وأجمعوا على أنه لا يقبل في الفطر الاثنان الا ابانور فانه لم يفرق في ذلك بين
 الصوم والفطر كما فرق الشافعي * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب
 وتردد الخبر في ذلك بين أن يكون من باب الشهادة أو من باب العمل بالأحاديث التي
 لا يشترط فيها العدد أما الآثار فمن ذلك ما خرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن
 الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال اني جالست أصحاب رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وساء لنهم وكلهم حدثوني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صوموا
 لرؤية وأفطروا لرؤية فان غم عليكم فاتموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وأفطروا ومنها
 حديث ابن عباس أنه قال جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت أهلال الليلة
 فقال : أتشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال : أذن في الناس
 فليصوموا غداً خرجه الترمذي قال وفي اسناده خلاف لانه رواه جماعة من سلا ومنها حديث
 ربيع بن خراش خرجه أبو داود عن ربيع بن خراش عن رجل من أصحاب رسول الله صلى
 الله عليه وسلم قال الناس في آخر يوم من رمضان فقام أعرابي فشهد عند النبي صلى الله عليه
 وسلم لأهل الأهلال أمس عشية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس أن يفطروا وأن
 يعودوا الى المصلي فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعي جمع
 بين حديث ابن عباس وحديث ربيع بن خراش على ظاهرهما فأوجب الصوم بشهادة واحد
 والفطر بأثنين ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس أعني تشبيه ذلك
 بالشهادة في الحقوق ويشبه أن يكون أبونور لم يبر تعارضاً بين حديث ابن عباس وحديث
 ربيع بن خراش وذلك ان الذي في حديث ربيع بن خراش أنه قضى بشهادة اثنين وفي
 حديث ابن عباس أنه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الأمرين جميعاً لأن ذلك
 تعارض ولا أن القضاء الاول مختص بالصوم والثاني بالفطر فان القول بهذا إنما ينبنى على
 توهم التعارض وكذلك يشبهه إلا أن يكون تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين
 حديث ابن عباس لا بدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد نرى أن قول أبي نور
 على شذوذه هو أبين مع أن تشبيه الرأي بالراوى هو أمثل من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة إما

أن يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معلة فلا يجوز أن يقبس عليها وإما أن يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذي في الحقوق والشبهة التي تعرض من قبل قول أحد الخصمين فاشتراط فيها العدد وليكون الظن أغلب والميل الى حجة أحد الخصمين أقوى ولم يتعد بذلك الاثنين لئلا يعسر قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس في رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد ويشبه أن يكون الشافعي انما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للثمة التي تعرض للناس في هلال الفطر ولا تعرض في هلال الصوم ومذهب أبي بكر ابن المنذر هو مذهب أبي نور وأحسبه هو مذهب أهل الظاهر وقد احتج أبو بكر بن المنذر لهذا الحديث بان عقاد الأجماع على وجوب الفطر والامساك عن الكل بقول واحد فوجب أن يكون الأمر كذلك في دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم واذا قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره فمهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد أعني هل يجب على أهل بلد ما اذا لم يره أو أن يأخذوا في ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية فيه خلاف فاما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه اذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال أن عليهم قضاء ذلك اليوم الذي أفطروا وصامه غيرهم وبه قال الشافعي وأحمد وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير أهل البلد الذي وقعت فيه الرؤية الا أن يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك وأجمعوا أنه لا يراعى ذلك في البلد ان النائية كالاندلس والحجاز * والسبب في هذا الخلاف تعارض الآثار والنظر

أما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لانها في قياس الافق الواحد وأما اذا اختلفت اختلافا كثيرا فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض

وأما الآثار فإرواد مسلم عن كريب ان أم الفضل بنت الحرث بعثته الى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فتضيت حاجتها واستهل على رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيته ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم وراه الناس وصاموا وصام معاوية قال لكن رأيناه ليلة السبت فلا يزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما أو نزاه فقلت ألا تكفي برؤية معاوية فقال لا هكذا أمرنا النبي عليه الصلاة والسلام فظاهر هذا الاثر يقتضي ان لكل بلد رؤيته قرب أو بعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان

نأيه العرض كثير أو اذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذه هي المسائل التي تتعلق بزمان الوجوب

وأما التي تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على أن آخره غيوبة الشمس لقوله تعالى « ثم أتموا الصيام الى الليل » واختلفوا في أوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثاني المستطير الأبيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعنى حده بالمستطير وظاهر قوله تعالى « حتى يتبين لكم الخيط الأبيض » الآية وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الأحمر الذي يكون بعد الأبيض وهو نظير الشفق الأحمر وهو مروي عن حذيفة وابن مسعود * وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الآثار في ذلك واشترك اسم الفجر أعنى انه يقال على الأبيض والأحمر وأما الآثار التي احتجوا بها فمنها حديث ذكر عن حذيفة قال تسحرت مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو أشاء أن أقول هو النهار إلا أن الشمس لم تطلع وخرج أبوداود عن قيس بن طلق عن أبيه أنه عليه الصلاة والسلام قال كلوا واشربوا ولا يهيدنكم الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الأحمر قال أبوداود وهذا ما تهرده أهل البمامة وهذا شذوذ فان قوله تعالى « حتى يتبين لكم الخيط الأبيض » نص في ذلك أو كالنص والذين رأوا أنه الفجر الأبيض المستطير وهم الجمهور والمعتد اختلفوا في الحد المحرم للكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فلا كل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وقائدة الفرق انه اذا انكشف ان ما ظن من انه لم يطلع كان قد طلع فمن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل به لم يوجب عليه قضاء * وسبب الاختلاف في ذلك الاحتمال الذي في قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر هل على الامساك بالتبين نفسه أو بالشئ المتبين لأن العرب تتجاوز فتستعمل لاحق الشئ بدل الشئ على وجه الاستعارة فكانه قال تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود) لانه اذا تبين في نفسه تبين لنا فاذا إضافة التبيين لنا هي التي أوقعت الخلاف لانه قد يتبين في نفسه ويتميز ولا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه أعنى قياساً على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كالزوال وغيره فان الاعتبار في جميعها في الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الاكل يجوز أن يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول

الاول ما في كتاب البخارى اُظنه في بعض رواياته قال النبي صلى الله عليه وسلم وكلوا واشربوا حتى ينادى ابن ام مكتوم فانه لا ينادى حتى يطلع الفجر وهو نص في موضع الخلاف وكان نص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلوا واشربوا الآية ومن ذهب الى أنه يجب الامساك قبل الفجر فجر يا على الاحتياط وسداً للذريعة وهو أورع القولين والاول اقيس والله أعلم

﴿ الركن الثاني وهو الامساك ﴾

وأجمعوا على أنه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) واختلقوا من ذلك في مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها اما المسكوت عنها احداها فيما يرد الجوف مما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحقنة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف متسل أن يرد الدماغ ولا يرد المعدة * وسبب اختلافهم في هذه هو قياس المغذى على غير المغذى وذلك ان المنطوق به انما هو المغذى فمن رأى ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ومن رأى انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها انما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذى وغير المغذى وتحصيل مذهب مالك انه يجب الامساك عن ما يصل الى الخلق من أى المنافذ وصل مغذياً كان أو غير مغذٍ وأما ما عدى الماء كول والمشروب من المنطرات فكلمهم يقولون ان من قبل فأمنى فقد أفطر وان أمذى فلم يفطر الا مالك واختلقوا في القبلة للصائم فمنهم من أجازها ومنهم من كرها للشاب وأجازها للشيخ ومنهم من كرها على الاطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وأم سلمة أن النبي عليه الصلاة والسلام: كان يقبل وهو صائم ومن كرها فلما يدعوا اليه من الوقاع وشذ قوم فتالوا القبلة تفطر واحتجوا بذلك بما روى عن ميمونة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال: افطر اجمعيا خرج هذا الاثر الطحاوى ولكن ضعفه

واما ما بقع من هذه من قبل الغلبة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام في المنطرات وأحكامها

وأما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالجحامة والقي* أما الجحامة فان فيها ثلاثة مذاهب، قوم قالوا انها تفطر وان الامساك عنها واجب وبه قال أحمد وداود والاوزاعى واسحاق بن راهويه،

وقوم قالوا انها مكروهة للصائم وليست تنظر وبه قال مالك والشافعي والثوري، وقوم قالوا انها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان أحدهما مروي عن طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه الصلاة والسلام قال : افطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد والحديث الثاني حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس بهذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الترجيح ، والثاني مذهب الجمع ، والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكماً وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرفع لان الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحتمل أن يكون ناسخاً ويحتمل أن يكون منسوخاً وذلك شك والشك لا يوجب عملاً ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثراً في العلم ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهي على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الخطر ومن استقطبهما للتعارض قال باباحة الاحتجام للصائم واما التي فان جمهور القهاء على أن من ذرعه التي فليس ينظر الا ربعة فانه قال انه مفطر وجمهورهم أيضاً على أن من استقاء فقاء فانه مفطر الا طائوس * وسبب اختلافهم ما يتوهم من التعارض بين الاحاديث الواردة في هذه المسئلة واختلافهم أيضاً في تصحيحها وذلك انه ورد في الباب حديثان أحدهما حديث أبي الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاء فافطر قال معدان فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فقالت له ان أبا الدرداء حدثني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فاء فافطر فقال صدق أنا صبيت له وضوؤه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذي والآخر حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي وأبو داود أيضاً أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : من ذرعه التي وهو صائم فليس عليه قضاء وان استقاء فعليه القضاء وروي موقوفاً على ابن عمر فمن لم يصح عنده الاثران كلاهما قال ليس فيه فطر أصلاً ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبي هريرة أوجب الفطر من التي باطلاق ولم يفرق بين أن يستقى أولاً يستقى ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبي هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين التي والاستقاء وهو الذي عليه الجمهور .

* (الركن الثالث وهو النية) *

والنظر في النية في مواضع منها هل هي شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وان كانت شرطاً فما الذي يحجز من تعيينها وهل يجب تحديدها في كل يوم من أيام رمضان أم يكفي في ذلك النية الواقعة في اليوم الاول واذا أوقعها المكلف فأى وقت اذا وقعت فيه صح الصوم واذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية بوجوب الفطر وان لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها أما كون النية شرطاً في صحة الصيام فانه قول الجمهور وشذو فر فقال لا يحتاج رمضان الى نية الا أن يكون الذي يدركه صيام شهر رمضان مريضاً أو مسافراً فيريد الصوم والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية ومن رأى أنها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وان لم ينو لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف وكأنه لما رأى ان ايام رمضان لا يجوز فيها الفطر رأى ان كل صوم يقع فيها ينقلب صوماً شرعياً وان هذا شئ يخص هذه الايام واما اختلافهم في تعيين النية المجزئة في ذلك فان مالكا قال لا بد في ذلك من تعيين صوم رمضان ولا يكفي اعتقاد الصوم مطلقاً ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال أبو حنيفة ان اعتقاد مطلق الصوم أجزأه وكذلك ان نوى فيه صيام غير رمضان أجزأه وانتقل الى صيام رمضان الا أن يكون مسافراً فانه اذا نوى المسافر عنده في رمضان صيام غير رمضان كان ما نوى لانه لم يجب عليه صوم رمضان وجو بامعينا ولم يفرق عما حباه بين المسافر والحاضر وقال كل صوم نوى في رمضان انتقل الى رمضان * وسبب اختلافهم هل الكافي في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة او تعيين شخصها وذلك ان كلا الامرين موجود في الشرع مثل ذلك ان النية في الوضوء يكفي منها اعتقاد رفع الحدث لاى شئ كان من العبادات التي الوضوء شرط في صحتها وليس يختص عبادة بوضوء ووضوء وأما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة فلا بد من تعيين الصلاة ان عصر أو عصر أو ان ظهر أو ظهر وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسيتين فمن ألحقه بالجنس الواحد قال يكفي في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن ألحقه بالجنس الثاني اشترط تعيين الصوم واختلافهم أيضاً في اذا نوى في ايام رمضان صوماً آخر هل ينقلب أو لا ينقلب سببه أيضاً ان من العبادة عندهم ما ينقلب من قبل ان الوقت الذي توقع فيه مختص بالعبادة التي تنقلب اليه ومنها ما ليس ينقلب أما التي لا تنقلب فأكثرها وأما التي تنقلب بانفاق

فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدأ الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى
الفرض ولم يقولوا ذلك في الصلاة ولا في غيرها فمن شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه
بغيره من العبادات قال لا ينقلب وأما اختلافهم في وقت النية فان ما لكارأى انه لا يجزى
الصيام الا بنية قبل الفجر وذلك في جميع انواع الصوم وقال الشافعى تجزى النية بعد الفجر
في النافلة ولا تجزى في الفروض وقال أبو حنيفة تجزى النية بعد الفجر في الصيام المتعلق
وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر أيام محدودة وكذلك في النافلة ولا يجزى في الواجب
في الذمة * والسبب في اختلافهم تعارض الاثر في ذلك أما الاثر المتعارضة في ذلك
فأحدها ما أخرجه البخارى عن حفصة أنه قال عليه الصلاة والسلام: من لم يبيت الصيام من
الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفا قال أبو عمر حديث حفصة في اسناده اضطراب
والثانى ما رواه مسلم عن عائشة قالت قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم: يا عائشة
هل عندكم شئ قالت قلت يا رسول الله ما عندنا شئ قال فاني صائم ولحديث معاوية أنه قال على
المنبر يا أهل المدينة أين علماءكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: اليوم هذا يوم
عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وأنا صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليغفر فمن ذهب
مذهب الترجيح أخذ بحديث حفصة ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والفرض أعنى
حمل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل وانما فرق أبو حنيفة
بين الواجب المعين والواجب في الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية
في التعمين والذي في الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب ان التعمين بالنية وجهور الفقهاء على
أنه ليس الطهارة من الجنابة شرطا في صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وأم سلمة زوجى
النبي صلى الله عليه وسلم أنهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: يتصبغ جنباً من جماع
غير احتلام في رمضان ثم يصوم ومن الحجّة لهم الاجتماع على أن الاحتلام بالنهار لا يفسد الصوم
وروى عن ابراهيم النخعى وعروة بن الزبير وطاوس انه ان تعمد ذلك أفسد صومه * وسبب
اختلافهم ما روى عن أبى هريرة أنه كان يقول: من أصبح جنباً في رمضان أفطروا روى عنه
انه قال ما ناقضته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من أصحاب
مالك ان الحائض اذا طهرت قبل الفجر فأخرت الغسل ان يومها يوم فطر وأقاول هؤلاء
شاذة ومردودة بالسنة المشهورة الثابتة .

(القسم الثاني من الصوم المفروض)

وهو الكلام في الفطر وأحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة أقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه النظر على اختلاف في ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء متعلق به أحكام أما الذين يجوز لهم الامران فالمرضى باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التمسيم كله مجمع عليه فاما المسافر فالنظر فيه في مواضع منها هل ان صام أجزأه صومه أم ليس يجزئ به وهل ان كان يجزئ المسافر صومه الا فضل له الصوم أو الفطر أو هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود أم في كل ما ينطلق عليه اسم السفر في وضع اللغة ومتى يفطر المسافر ومتى يمكث وهل اذا مر بعض الشهر له أن ينشئ السفر أم لا ثم اذا فطر ما حكمه وأما المريض فالنظر فيه أيضاً في تحديد المرض الذي يجوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهي ان صام المريض والمسافر هل يجزئ به صومه عن فرضه أم لا فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه وأجزأه وذهب أهل الظاهر الى انه لا يجزئ به وان فرضه هو ايام آخر * والسبب في اختلافهم تردد قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من ايام آخر بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف أصلاً أو يحمل على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من ايام آخر وهذا الحذف في الكلام هو الذي يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن الخطب فمن حمل الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من ايام اخر ان قوله تعالى فعدة من ايام اخر ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام اخر اذا افطر وكلا الفريقين يرجح تأويله بالا ثار الشاهدة لكلام المفهومين وان كان الاصل هو أن يحمل الشيء على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز أما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث أنس قال سافر نافع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فلم يعصب الصائم على الفطر ولا المفطر على الصائم وبما ثبت عنه أيضاً انه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم وأهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر فافطر الناس وكانوا يأخذون بالا حدث قالوا حدث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم قال أبو عمر والحجة على أهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام أجزأه صومه

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي هل الصوم أفضل أو الفطر إذا قلنا أنه من أهل الفطر على مذهب الجمهور فأنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى الصوم أفضل ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وبعضهم رأى أن الفطر أفضل ومن قال بهذا القول أحمد وجماعة وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وأنه ليس أحدهما أفضل * والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ومعارضة المنقول ببعضه لبعض وذلك أن المعنى المعقول من إجازة الفطر للصائم إنما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة قالوا أفضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمر والاسلمى خرجاه مسلم أنه قال يا رسول الله أجد في قوة على الصيام في السفر فهل على من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هي رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه

وأما ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر أن تصوم في السفر ومن أن آخر فعله عليه الصلاة والسلام كان الفطر في يومهم أن الفطر أفضل لكن الفطر لما كان ليس حكماً وإنما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يصوم المباح أفضل من الحكم وأما من خير في ذلك فلم يكن حديث عائشة قالت سألت حمزة بن عمر والاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام في السفر فقال: إن شئت فصم وإن شئت فأفطر خرجاه مسلم .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي هل الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود أو في سفر غير محدود فن العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور إلى أنه إنما يفطر في السفر الذي تقتصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم في هذه المسئلة وذهب قوم إلى أنه ينظر في كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ أن كل من ينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى (من كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما المعنى المعقول من إجازة الفطر في السفر فهو المشقة ولما كانت لا توجد في كل سفر وجب أن يجوز الفطر في السفر الذي فيه المشقة ولما كان الصحابة كانهم مجمعون على الحد في ذلك وجب أن يقاس ذلك على الحد في تقصير الصلاة

وأما المرض الذي يجوز فيه الفطر فأنهم اختلفوا فيه أيضاً فذهب قوم إلى أنه المرض الذي يباح من الصوم فيه مشقة وضروبه قال مالك وذهب قوم إلى أنه المرض الغالب وبه قال أحمد وقال قوم إذا انطلق عليه اسم المريض أفطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في حد السفر .

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي متى يفطر المسافر ومتى يمك أن يفطر يومه الذي خرج فيه مسافرا وبه قال الشعبي والحسن وأحمد وقالت طائفة لا يفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار واستحب جماعة العلماء أن علم أنه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائما وبعضهم في ذلك أكثر تشديدا من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطرا كفارة واختلافهم في ذلك وقد ذهب بعض النصارى إلى أن يفطر على فطره وقال أبو حنيفة وأصحابه يكف عن الأكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الأكل والسبب في اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه المسافر هو معارضة الآثار للنظر أما الآثار فثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأفطر الناس معه وظاهر هذا أنه أفطر بعد أن بيت الصوم وأما الناس فلا يشك أنهم أفطروا بعد تبينهم الصوم وفي هذا المعنى أيضا حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح إلى مكة فصار حتى بلغ كراع العميم وصام الناس ثم دعا بقدر من ماء فرفعه حتى نظر الناس إليه ثم شرب فقبل به بعد ذلك أن بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة وخرج أبو داود عن أبي نصر القناري أنه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوى الحديث فقلت ألسنت تؤم البيوت فقال أرغب عن سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فأكل

وأما النظر فلما كان المسافر لا يجوز له إلا أن يبيت الصوم ليلة سفره لم يحزله أن يبطل صومه وقد بيته لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم

وأما اختلافهم في أمساك الداخل في أثناء النهار عن الأكل أولا أمساكة فالسبب فيه اختلافهم في تشبيهه من بطرأ عليه في يوم شك أفطر فيه الثبوت أنه من رمضان من تشبه به قال يمك عن الأكل ومن لم يشبه به قال لا يمك عن الأكل لأن الأول أكل لموضع الجهل وهذا كل سبب مبيح أو موجب للأكل والخفية تقول كلاهما سببان موجبان للأمسك عن الأكل بعد اباحة الأكل

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفرا ثم لا يصوم فيه فإن الجمهور على أنه يجوز ذلك له وروى عن بعضهم وهو عبيدة السلماني وسويد بن غفلة وابن مجاز أنه ان سافر فيه صام ولم يحز ولا الفطر والسبب في اختلافهم في مفهوم قوله تعالى «فنشهد منكم الشهر فليصمه» وذلك أنه يحفل أن يفهم منه أن من شهد بعض الشهر

قالوا يجب عليه أن يصومه كله ويحتمل أن يفهم منه أن من شهد أن الواجب أن يصوم ذلك البعض الذي شهد ذلك انه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهد كفه فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور إنشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان وأما حكم المسافر إذا أفطره والقضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى « فعدة من أيام أخر » ما عدا المريض باغماء أو جنون فإنهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفقهاء الامصار على وجوبه على المعنى عليه واختلفوا في الجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه الصلاة والسلام: وعن الجنون حتى يفيق والذين أوجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون الاغماء والجنون مفسد للصوم فتقوم قالوا انه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين أن يكون اغمى عليه بعد الفجر أو قبل الفجر وقوم قالوا ان اغمى عليه بعد مضى أكثر النهار جزأه وان اغمى عليه في أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فان الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون وإذا ارتفع التكليف لم يوصف بمنظر ولا صائم فكيف يقال في الصفة التي ترفع التكليف انها مبطل للصوم الا كما يقال في الميت أو فم لا يصح منه العمل انه قد بطل صومه وعمله وبتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يتضيان ما عليهما متتابعاً أم لا ومنها ما اذا عليهما اذا أخر القضاء بغير عذر الى أن يدخل رمضان آخر ومنها اذا ماتوا لم يقضيا هل يصوم عنهما ولهما أولاً يصوم

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان بعضهم أوجب أن يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهؤلاء منهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك ايجاب التتابع * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك أن القياس يقتضي أن يكون الاداء على صفة القضاء أصل ذلك الصلاة والحج وأما ظاهر قوله تعالى فعدة من أيام أخر فانهما يقتضي ايجاب العدد فقط لا ايجاب التتابع وروى عن عائشة انها قالت نزلت فعدة من أيام أخر متتابعات فسقطا متتابعات وأما اذا أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي وأحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصري وإبراهيم النخعي * وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض أم لا فمن لم يحز القياس في الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن أجاز القياس في الكفارات قال عليه كفارة قياساً على من أفطر

متعمداً لأن كليهما مستهين بحرمة الصوم أما هذا فيترك القضاء زمان القضاء وأما ذلك فبالا كل في يوم لا يجوز فيه إلا كل وإنما كان يكون القياس مستنداً لوثبت أن للقضاء زماناً محدداً بنص من الشارع لأن أزمناً الاداء هي المحدودة في الشرع وقد شد قوم فقالوا إذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخره لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص وأما إذا مات وعليه صوم فإن قوماً قالوا لا يصوم أحد عن أحد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم قالوا يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام إلا أن يوصى به وهو قول مالك وقال أبو حنيفة يصوم فإن لم يستطع أطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المقر وض فقالوا يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم في الصيام المقر وض * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للآثر وذلك أنه ثبت عنه من حديث عائشة أنه قال عليه السلام : من مات وعليه صيام صامه عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه أيضاً من حديث ابن عباس أنه قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال : لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله أحق بالقضاء فمن رأى أن الأصول تعارضه وذلك كما أنه لا يصلي أحد عن أحد ولا يتوضأ أحد عن أحد كذلك لا يصوم أحد عن أحد قال لا صيام على الولي ومن أخذ بالنص في ذلك قال بإيجاب الصيام عليه ومن لم يأخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه في رمضان وأما من أوجب الاطعام فصيرا إلى قراءة من قرأ أو على الذين يطوقونه فدية الآية ومن خير في ذلك فجما بين الآية والآثر فهذه هي أحكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم

وأما باقي هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فإن فيه مسألتين مشهورتين ، أحدهما الحامل والمرضع إذا أفطرا ماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب ، أحدها أنها يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس ، والثاني أنها يقضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الأول وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور ، والثالث أنها يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي ، والقول الرابع أن الحامل تقضى ولا تطعم والمرضع تقضى وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههم بين الذي يجهد الصوم وبين المريض فمن شبههم بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههم بالذي يجهد الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ أو على الذين يطوقونه

فدية طعام مساكين الآية

وأما من جمع عليهما الأمرين فيشبه أن يكون رأى فيهما من كل واحد شبهة فقال عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المرض وعليهما الفدية من جهة ما فيهما من شبه الذين يجهدون الصيام ويشبه أن يكون شبههما بالمفطر الصحيح لكن يضعف هذا فان الصحيح لا يباح له القطر ومن فرق بين الحامل والمرضع ألحق الحامل بالمرض وأبقى حكم المرضع بمجموع من حكم المرض وحكم الذي يجهد الصوم أو شبههما بالصحيح ومن أفرد لهما أحد الحكمين أولى والله أعلم بمن جمع كما أن من أفردهما بالقضاء أولى ممن أفردهما بالأطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فإنه بين

وأما الشيخ الكبير والمعجوز اللذان لا يقدران على الصيام فانهم أجمعوا على أن لهما أن يفطرا واختلفا فيهما إذا أفطرا فقال قوم عليهما وقال قوم ليس عليهما أطعام وبالأول قال الشافعي وأبو حنيفة وبالثاني قال مالك إلا أنه استحبه وأكثر من رأى الاطعام عليهما يقول مدأ عن كل يوم وقيل إن حفن حفات كما كان انس يصنع أجزأه * وسبب اختلافهم اختلافهم في القراءة التي ذكرنا أعني قراءة من قرأ وعلى الذين بطوقونه فمن أوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت في المصحف إذا وردت من طريق الأحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المرض الذي ينادى به المرض حتى يموت فهذه هي أحكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم القطر أعني أحكامهم المشهورة التي أكثرها منطوق به أولها تعلق بالمنطوق به في الصنف الذي يجوز له القطر

وأما النظر في أحكام الصنف الذي لا يجوز له القطر إذا أفطرا فان النظر في ذلك يتوجه إلى من يفطر بجماع وإلى من يفطر بغير جماع وإلى من يفطر بامر متفق عليه وإلى من يفطر بامر مختلف فيه أعني بشبهة أو بغير شبهة وكل واحد من هذين إما أن يكون على طريق السهو أو طريق العمد أو طريق الاختيار أو طريق الإكراه

أما من أفطر بجماع معتمد في رمضان فان الجمهور على أن الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله قال : وما أهلكك قال وقعت على امرأتى في رمضان قال هل تجد ما تعتق به رقية قال لا قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا قال لا ثم جلس فأتى النبي صلى الله عليه وسلم بفرق فيه ثم قال تصدق بهذا فقال أعلى

أقتر مني فابن لا يتها أهل بيت أحوج اليه منا قال فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنياباه ثم قال اذهب فأطعمه أهلك واختلقوا من ذلك في مواضع، منها هل الإفطار متعمداً بالاكل والشرب حكمه حكم الإفطار بالجماع في القضاء والكفارة أم لا، ومنها اذا جامع ساهياً ماذا عليه، ومنها ماذا على المرأة اذا لم تكن مكرهه، ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة أو على التخيير، ومنها كم المقدار الذي يجب أن يعطى كل مسكين اذا كفر بالاطعام، ومنها هل الكفارة متكررة بتكرار الجماع أم لا، ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسر أهل يلزمه الاطعام اذا أنرى أم لا. وشذوق فلم يوجبوا على المفطر عمداً بالجماع الا القضاء فقط اما لانه لم يبلغهم هذا الحديث واما لانه لم يكن الا مرعومة في هذا الحديث لانه لو كان عزمة لوجب اذا لم يستطع الاعتاق أو الاطعام أن يصوم ولا بد اذا كان صحيحاً على ظاهر الحديث وأيضاً لو كان عزمة لا علمه عليه السلام انه اذا صح انه يجب عليه الصيام ان لو كان مريضاً وكذلك شذوق أيضاً فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس في الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن أفطر من يجوز له الفطر أو ممن لا يجوز له الصوم على الاختلاف الذي قرناه قبل في ذلك فاما من أفطر متعمداً فليس في إيجاب القضاء عليه نص فيلحق في قضاء المتعمد الخلاف الذي لحق في قضاء تارك الصلاة عمداً حتى خرج وقتها الا أن الخلاف في هاتين المسئلتين شاذ وأما الخلاف المشهور فهو في المسائل التي عددناها قبل

﴿ اما المسئلة الاولى ﴾ وهي هل تجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمداً فان ما الكوا وائحاه وأباحيفة وأحبابه وانثوري وجماعة ذهبوا الى أن من أفطر متعمداً بالاكل أو شرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة في هذا الحديث وذهب اشافعي وأحمد وأهل الظاهر الى أن الكفارة انما تلزم في الإفطار من الجماع فقط * وانسبب في اختلافهم اختلافهم في جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رأى أن شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحداً ومن رأى انه وان كانت الكفارة عقاباً لانتهاك الحرمة فانها أشد مناسحة للجماع منها لغيره وذلك ان العقاب المقصود به الردع والعقاب الا كبر قد بوضع لم اليه النفس أميل وهو لها أغلب من الجنايات وان كانت الجنابة متقاربة اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس انشراح وان يكونوا خياراً عدولاً كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس وأما من لا يرى القياس فامر به بين انه ليس يعدى حكم

الجماع الى الاكل والشرب وأما ما روى مالك في الموطان ان رجلا افطر في رمضان فأمره النبي عليه الصلاة والسلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لان قول الراوى فافطر هو مجمل والمجمل ليس له عموم فيؤخذ به لكن هذا قول على أن الراوى كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذا كرر النوع من افطر الذي افطر به

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهو اذا جامع ناسيا الصومه فان الشافعي وأبا حنيفة يتولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة * وسبب اختلافهم في قضاء الناسي معارضة ظاهر الاثر في ذلك للقياس أما القياس فهو تشبيه ناسي الصوم بناسي الصلاة فمن شبهه بناسي الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسي الصلاة : وأما الاثر المعارض بظااهره لهذا القياس فهو ما خرج به البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم فبين ظن أن الشمس قد غربت فأفطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء أم لا وذلك أن هذا المخطيء والمخطيء والناسي حكمهما واحد فكيف ما قلنا فتأثير النسيان في إسقاط القضاء بين والله أعلم وذلك اننا قلنا ان الأصل هو أن لا يلزم الناسي قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب أن يكون النسيان لا يوجب القضاء في الصوم اذا دل دليل ههنا على ذلك بخلاف الامر في الصلاة وان قلنا ان الأصل هو ايجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسي فتدلل الدليل في حديث أبي هريرة على رفعه عن الناسي اللهم الا أن يقول قائل ان الدليل الذي استثنى ناسي الصوم من ناسي سائر العبادات التي رفع عن تاركها اخرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن ايجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وانما القضاء عند الاكثر واجب بأمر متجدد .

وأما من اوجب القضاء والكفارة على الجماع ناسيا فضعيف فانه نسيان في إسقاط العقوبات بين في الشرع والكفارة من أنواع العقوبات وانما أصارهم الى ذلك أخذهم بمجمل الصفة المنقولة في الحديث أعني من انه لم يبد كرفيه انه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من اوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ أصله في هذا مع أن النص انما جاء في المتعمد وقد كان يجب على اهل الظاهر أن يأخذوا بالمتفق عليه وهو ايجاب الكفارة على العائد

الى ان يدل الدليل على ايجابها على الناسى أو يأخذوا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام . رفع عن أمي الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم أصله وليس في مجمل ما نقل من حديث الاعرابي حجة ومن قال من اهل الاصول ان ترك التفصيل في اختلاف الاحوال من الشارع بمنزلة العموم في الاقوال فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على مفصل وانما الاجمال في حقنا .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهو اختلافهم في وجوب الكفارة على المرأة اذا طأوعته على الجماع فان أبا حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه أوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعي وداود لا كفارة عليها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الاثر للقياس وذلك انه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة في الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل اذ كان كلاهما مكفها .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار او على التخيير وأعني بالترتيب أن لا ينتقل المكف الى واحد من الواجبات المخيرة الا بعد العجز عن الذي قبله وبالتخيير ان يفعل منها ما شاء ابتداء من غير عجز عن الآخر فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعتق أولا فان لم يجد فصيام فان لم يستطع فلا طعام وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام اكثر من العتق ومن الصيام * وسبب اختلافهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار في ذلك والاقبسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابي المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله النبي عليه الصلاة والسلام عن الاستحابة عليها مرتبا وظاهر ما رواه مالك من ان رجلا أفطر في رمضان فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا انها على التخيير اذا وانما يقتضي في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوي صاحب اذ كانوا هم اقدم بتمهوم الاحوال ودلالات الاقوال

وأما الاقبسة المعارضة في ذلك فتشبهها نارة بكفارة الظهار ونارة بكفارة النمين لكنها أشبه بكفارة الظهار منها بكفارة النمين وأخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوي وأما استحباب مالك الابتداء بالطعام فمخالف لظواهر الآثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لانه رأى الصيام قد وقع بدله الاطعام في مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له اكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ على الذين يطيقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحسب

هو وجماعة من العلماء على ما مات وعليه صوم أن يكفر بالأطعام عنه وهذا كانه من باب ترجيح القياس الذي تشهده الاصول على الاثر الذي لا تشهده الاصول .

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهو اختلافهم في مقدار الاطعام فان مالك والشافعي وأصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مدين النبي صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجزى أقل من مدين عبد النبي صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين * والسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما القياس فتشبيه هذه التقدية بقدية الاذى المنصوص عليها وأما الاثر فاروى في بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الادلة ضعيفة وانما يدل على أن بدل الصيام في هذه الكفارة هو هذا القدر .

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي تكرار الكفارة بتكرار الافطار فانهم أجمعوا على أن من وطئ في رمضان ثم كفر ثم وطئ في يوم آخر أن عليه كفارة أخرى وأجمعوا على أنه من وطئ مرارا في يوم واحد أنه ليس عليه الا كفارة واحدة واختلقوا فيمن وطئ في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ في يوم ثان فقتل مالك والشافعي وجماعة عليه لكل يوم كفارة وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه كفارة واحدة ما لم يكفر عن الجماع الاول * والسبب في اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود فنسبها بالحدود قال كفارة واحدة تجزى في ذلك عن افعال كثيرة كما يلزم الزاني جلد واحد وان زنى ألف مرة اذا لم يحدلوا واحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الايام حكما مفردا بنفسه في هتك الصوم فيه أوجب في كل يوم كفارة قالوا والتمرق بينهما أن الكفارة فيها نوع من القربة والحدود زجر محض .

﴿ وأما المسئلة السابعة ﴾ وهي هل يجب عليه الاطعام اذا أيسر وكان معسرا في وقت الوجوب فان الاوزاعي قال لا شيء عليه ان كان معسرا وأما الشافعي فتروى في ذلك * والسبب في اختلافهم في ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحتمل أن يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه في وقت الاثر ويحتمل أن يقال لو كان ذلك واجبا عليه لبيته له عليه الصلاة والسلام فهذه أحكام من أفطر متعمدا في رمضان مما أجمع على أنه مفطر

وأما من أفطر ماما هو مختلف فيه فان بعض من أوجب فيه الفطر أوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من الحجامة ومن الاستقاء ومن طبع الحصة ومثل المسافر يفطر أول يوم يخرج عند من يرى أنه ليس له أن يفطر في ذلك اليوم فان

مالكا أو جب فيه القضاء والكفارة وخالفه في ذلك سائر فقهاء الامصار وجمهور أصحابه وأما من أوجب القضاء والكفارة من الاستثناء فأبو ثور والاوزاعي وسائر من يرى ان الاستثناء مفطر لا يوجبون الا القضاء فقط والذي أوجب القضاء والكفارة في الاحتجام من القائلين بأن الحجامة تنطر هو عطاء وحده * وسبب هذا الخلاف ان المنظر بشئ فيه اختلاف فيه شبهه من غير المفطر ومن المفطر فمن غلب أحد الشبهين أوجب له ذلك الحكم وهذا الشبهان الموجودان فيه هما اللذان أوجبا فيه الخلاف أعني هل هو مفطر أو غير مفطر ولكون الافطار شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وإنما يوجب القضاء فقط نزع أبو حنيفة الى أنه من افطر متعمداً للفطر ثم طرأ عليه في ذلك اليوم سبب مبيح للفطر انه لا كفارة عليه كالمرأة تنطر عمداً ثم تحيض باقي النهار وكالصحيح فطر عمداً ثم يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الامر في نفسه اعني انه مفطر في يوم جازله الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه افطر في يوم جازله الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع أوجب عليه الكفارة لانه حين افطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعي ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من اكل وهو شاك في التعجر واجبا به القضاء والكفارة على من اكل وهو شاك في الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما واتفق الجمهور على انه ليس في الفطر عمداً في قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان الاداء اعني رمضان الا قتادة فانه أوجب عليه القضاء والكفارة وروى عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياساً على الحج الثامن وأجمعوا على أن من سنن الصوم تأخير السحور وتمجيل الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام: لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر وأخروا السحور وقال تسحر وافان في السحور بركة وقال عليه الصلاة والسلام: فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر وكذلك جمهورهم على أن من سنن الصوم وممرغباته كف اللسان عن الرفث والختا: لقوله عليه الصلاة والسلام إنما الصوم جنة فإذا أصبح أحدكم صائماً فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شامته فليقل اني صائم وذهب أهل الظاهر الى ان الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل وبقى القول في الصوم المتدوب اليه وهو القسم الثاني من هذا الكتاب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿ كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه ﴾

والنظر في الصيام المندوب اليه هو في تلك الاركان الثلاثة وفي حكم الافطار فيه فأما الايام التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة أقسام أيام مرغب فيها وأيام منهي عنها وأيام مسكوت عنها ومن هذه ما هو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والفر من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : صامه وأمر بصيامه وقال فيه من كان أصبح صائماً فليتم صومه ومن كان أصبح مفطراً فليتم بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع أو العاشر * والسبب في ذلك اختلاف الآثر خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رأيت هلال الحرم فاعدوا أصبح يوم التاسع صائماً قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروى أنه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وأمر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يأت العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم

وأما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي عليه الصلاة والسلام : أفطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف الناس في ذلك واختار الشافعي الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جماعاً بين الآثرين وخرج أبو داود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة وأما الست من شوال فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من صام رمضان ثم اتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا كره ذلك إما مخافة أن يلحق الناس بمرضان ما ليس من رمضان وإما لانه لم يلقه الحديث أو لم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحريم صيام الفر مع ما جاء فيها من الآثر مخافة ان يظن الجهال بها انها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يصوم من كل شهر ثلاثة أيام غير معينة وأنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما أكره الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة أيام قال فقلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك قال خمساً قلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من

ذلك قال سبعا قلت يا رسول الله انى اطيق أكثر من ذلك قال تسعا قلت يا رسول الله انى أطيق أكثر من ذلك قال أحد عشر قلت يا رسول الله انى اطيق أكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: لا صوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وإفطار يوم وخرج أبو داود انه كان بصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستقم قط شهرا بالصيام غير رمضان وان أكثر صيامه كان في شعبان

وأما الايام المنهى عنها أيضا متفق عليها ومنها مختلف فيها أما المتفق عليها فيوم القدر ويوم الافحى لثبوت النهي عن صيامهما وأما المختلف فيها فأيام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان وصيام الدهر أما أيام التشريق فان أهل الظاهر لم يحجزوا الصوم فيها وقوم أجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال مالك الا انه أجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم في الحج وهو المفتوح وهذه الايام هي الثلاثة الايام التي بعد يوم النحر * والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه الصلاة والسلام: في انها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على الوجوب او على الندب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قل الصوم مكروه ويشبه أن يكون من حمله على الندب انما صار الى ذلك وغلبه على الاصل الذي هو حمله على الوجوب لانه رأى انه ان حمله على الوجوب عارضه حديث أبي سعيد الخدري اثابت بدليل الخطاب وهو انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا يصح الصيام في يومين يوم القدر من رمضان ويوم النحر فدل الخطاب يقتضى ان ما عدا هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثا لا فائدة فيه وأما يوم الجمعة فان قوما لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك وأصحابه وجماعة وقوم كرهوا صيامه الا أن يصام قبله أو بعده * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فمنها حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال وما رأيت يفتقر يوم الجمعة وهو حديث صحيح، ومنها حديث جابر ان سائلا سأل جابرا أأسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يفرد يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم، ومنها حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يصوم أحدكم يوم الجمعة الا أن يصوم قبله أو يصوم بعده خرجه أيضا مسلم فنأخذ بظاهر حديث ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقا ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقا ومن أخذ بحديث أبي هريرة جمع بين الحديثين أعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود

وأما يوم الشك فإن جمهور العلماء على النهي عن صيام يوم الشك على أنه من رمضان لظواهر الأحاديث التي يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية أو بإكمال العدد إلا ما حكيناه عن ابن عمر واختلقوا في تحريم صيامه تطوعاً فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار من صام يوم الشك فقد عصى أباً القاسم ومن أجاز ذلك فلا نه قدروى أنه عليه السلام: صام شعبان كله ولما قدروى من أنه عليه السلام قال: لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين إلا أن يوافق ذلك صوماً كان يصومه أحدكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول أنه إن صامه على أنه من رمضان ثم جاء الثبوت أنه من رمضان أجزأه وهذا دليل على أن النية تقع بعد الفجر في التحول من نية التطوع إلى نية الفرض

وأما يوم السبت * فالسبب في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روى من أنه عليه السلام قال: لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم خرج أبو داود وقالوا والحديث منسوخ نسجه حديث جويرة بنت الحرث أن النبي عليه السلام: دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فتألمت أمس فتألمت لا فتألمت تريد أن تصومي غداً قالت لا قال فافطري وأما صيام الدهر فإنه قد ثبت النهي عن ذلك لكن مالك لم يرب ذلك بأساً وعسى رأى النهي في ذلك إنما هو من باب خوف الضعف والمرض

وأما صيام النصف الآخر من شعبان فإن قوماً كرهوه وقوماً أجازوه فمن كرهوه فلما روى من أنه عليه السلام: قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن أجازوه فلما روى عن أم سلمة قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: يقرن شعبان بـرمضان وهذه الآثار خرجها الطحاوى

وأما الركن الثاني وهو النية فلا أعلم أن أحداً لم يشترط النية في صوم التطوع وإنما اختلفوا في وقت النية على ما تقدم

وأما الركن الثالث وهو الإمساك عن المفطرات فهو بعينه الإمساك الواجب في الصوم المفروض والاختلاف الذي هنالك لاحق ههنا

وأما حكم الإفطار في التطوع فانهم أجمعوا على أنه ليس على من دخل في صيام تطوع فقطعه لمذرقضاء واختلفوا إذا قطعه لغير عذر عايداً فوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء وقال الشافعي وجماعة ليس عليه قضاء * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك

وذلك ان مالكاروى ان حفصة وعائشة زوجى النبي عليه الصلاة والسلام أصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدى لها طعام فأفطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضيا يوما مكانه وعارض هذا حديث ام هانى قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وام هانى عن يمينه قالت فجاءت الوليدة باناء فيه شراب فناواته فشرب منه ثم ناولة ام هانى فشربت منه قالت يا رسول الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تقضين شيئا قالت لا قال فلا يضرك ان كان تطوعا واحتج الشافعى فى هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم: فقلت انا خيأت لك خبأ فقال اما انى كنت اريد الصيام ولكن قريبه وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولا خلا فهم ايضا فى هذه المسئلة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع او على حج التطوع وذلك انهم اجمعوا على ان من دخل فى الحج والعمرة متطوعا يخرج منها ان عليه القضاء واجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه اشبه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص فى هذا المعنى وهو انه يلزم المنسرد له المسير فيه الى آخره واذا افطر فى التطوع ناسيا فالجهور على ان لا قضاء عليه وقال ابن عليه عليه القضاء قياساً على الحج ولعل مالكا حمل حديث ام هانى على النسيان وحديث ام هانى خرج به أبوداود وكذلك خرج حديث عائشة بقريب من اللفظ الذى ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه .



* (بسم الله الرحمن الرحيم) *

كتاب الاعتكاف

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف في ذلك الا ما روى عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة أن لا يوفى شرطه وهو في رمضان أكثر منه في غيره وبخاصة في العشر الاواخر منه اذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص في موضع مخصوص وفي زمان مخصوص بشروط مخصوصة وترك مخصوصة فاما العمل الذي يخصه ففيه قولان قيل انه الصلاة وذكرا لله وقراءة القرآن لا غير ذلك من أعمال البر والتقرب وهو مذهب ابن التماس وقيل جميع أعمال التقرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذا هو مذهب الثوري والاول هو مذهب الشافعي وأبي حنيفة * وسبب اختلافهم أن ذلك شيء مسكوت عنه أعني أنه ليس فيه حدمشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الافعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز للعتكف الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على التقرب الاخر وية كلها أجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجماعة وبوصى أهله إذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس ذكره عبد الرزاق وروى عن عائشة خلاف هذا وهو ان السنة للعتكف ان لا يشهد جنازة ولا يعود مريضاً وهذا أيضاً أحداً ما أوجب الاختلاف في هذا المأني

وأما المواضع التي فيها يكون الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف إلا في المساجد اثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبي عليه السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال آخرون الاعتكاف عام في كل مسجد وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف الا في مسجد فيه جمعة وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالك واجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد الا ما ذهب اليه ابن لبابة من انه يصح في غير مسجد وان مباشرة النساء انما حرمت على العتكف اذا اعتكف في المسجد والا ما ذهب اليه أبو حنيفة من ان المرأة انما تعتكف في مسجد بينها * وسبب اختلافهم في

اشتراط المسجد وترك اشتراطه هو الاحتمال الذي في قوله تعالى ولا نبشروهم وانهم
 عاكفون في المساجد بين ان يكون له دليل خطاب ام لا يكون له فن قال له دليل خطاب قال
 لا اعتكاف الا في مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال ليس له دليل
 خطاب قال المفهوم منه ان الاعتكاف جائز في غير المسجد وانه لا يمنع المباشرة لان قائلا
 لو قال لا تعط فلانا شيئاً اذا كان داخل في الدار لكان مفهوم دليل الخطاب بوجوب
 ان يعطيه اذ كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على ان العكوف انما
 اضيف الى المساجد لانها من شرطه * وأما سبب اختلافهم في تخصيص بعض المساجد
 أو تعممها فمعارضة العموم للقياس المخصص ! فن رجح العموم قل في كل مسجد على ظاهر
 الآية ومن انقذ له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم بقياس اشتراط أن يكون
 مسجد فيه جمعة لئلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة أو مسجد انشد اليه المطب مثل
 مسجد النبي صلى الله عليه وسلم الذي وقع فيه اعتكافه ولم ينس سائر المساجد عليه اذ كانت
 غير مساوية له في الحرمة * وأما سبب اختلافهم في اعتكاف المرأة فمعارضة القياس أيضاً
 للآثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب أزواج النبي صلى الله عليه وسلم استأذن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فاذن لهن حين ضربن أخبتن فيه
 فكان هذا الاثر دليلاً على جواز اعتكاف المرأة في المسجد وأما القياس المعارض لهذا فهو
 قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك انه لم كانت صلاة المرأة في بيتها أفضل منها في المسجد
 على ما جاء الخبر وجب أن يكون الاعتكاف في بيتها أفضل قالوا وانما يجوز للمرأة أن تعتكف
 في المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء في الآثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام
 معه كما تسافر معه ولا تسافر مفردة وكأنه نحو من الجمع بين القياس والآثر وأما زمان الاعتكاف
 فليس لاكثره عند عدم حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاوخر من رمضان بل يجوز
 الدهر كله اماماً مطلقاً عند من لا يرى الصوم من شروطه وأما ما عدا الايام التي لا يجوز صومها
 عند من يرى الصوم من شروطه وأما أقله فاهم اختلافوا فيه وكذلك اختلفوا في الوقت الذي
 يدخل فيه المعتكف لا اعتكافه وفي الوقت الذي يخرج فيه منه اما أقل زمان الاعتكاف
 فعند الشافعي وأبي حنيفة وأكثر الفقهاء انه لا حد له واختلف عن مالك في ذلك فقبل ثلاثة
 أيام وقبل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه أقله عشرة أيام وعند البغداديين من اصحابه ان العشرة
 استحباب وان أقله يوم وليلة * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للآثر اما القياس فانه

من اعتقد ان من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا أقل من يوم وليلة اذا انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل وأما الاثر المارض فما خرج به البخارى من ان عمر رضى الله عنه نذر ان يعتكف ليلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفي بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر وأما اختلافهم في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر اياما معدودة أو يوما واحدا فان مالكا والشافعى وأبا حنيفة اتفقوا على انه من نذراعتكاف شهرانه يدخل المسجد قبل غروب الشمس وأما من نذر ان يعتكف يوما فان الشافعى قال من أراد أن يعتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها وأما مالك فنوله في اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء وفرق أبو ثور بين نذر الليالي والايام فقال اذا نذر أن يعتكف عشرة أيام دخل قبل طلوع الفجر واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها وقال الاوزاعى يدخل في اعتكافه بعد صلاة الصبح والسبب في اختلافهم مع اربعة الاقبيسة بعضها بمضاوم معارضة الانرجيمها وذلك انه من رأى ان أول اشهر ليلة واعتبر الليالى قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالى قال يدخل قبل الفجر ومن رأى ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا أوجب من نذر يوما أن يدخل قبل غروب الشمس ومن رأى انه انما ينطلق على النهار أوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رأى ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين أن ينذر اياما او ليالى واحق ان اسم اليوم في كلام العرب قد يقال على النهار مفردا وقد يقال على الليل والنهار معا لكن يشبه أن يكون دلالة الاولى انما هي على النهار ودلالته على الليل بطريق اللزوم وأما الاثر المخالف لهذه الاقبيسة كلها فهو ما خرج به البخارى وغيره من أهل الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف في رمضان واذا صلى الفداة دخل مكانه الذي كان يعتكف فيه وأما وقت خروجه فان مالكا رأى ان يخرج المعتكف العشر الاواخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس أجزأه وقال الشافعى وأبو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجعا الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هي من حكم المشرأم لا وأما شروطه فتلاث النية والصيام وترك مباشرة النساء اما النية فلا أعلم فيها اختلافا وأما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بالصوم وقال الشافعى الاعتكاف جائز بغير صوم

و يقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه في ذلك و يقول الشافعي قال علي وابن مسعود * والسبب في اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع في رمضان فمن رأى ان الصوم المقترن باعتكافه هو شرط في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى انه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على ان ذلك كان مقصودا له عليه الصلاة والسلام في الاعتكاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك أيضا سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم في آية واحدة وقد احتج الشافعي بحديث عمر المتقدم وهو انه أمره عليه الصلاة والسلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن بن اسحاق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف أن لا يعود مرضا ولا يشهد جنازة ولا يمسه امرأة ولا يبشرها ولا يخرج الا الى ما لا بد له منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال أبو عمر بن عبد البر لم يقل أحد في حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن بن اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الامر هكذا بطل أن يجري مجرى المسند وأما الشرط الثالث وهي المباشرة فاتهم أجمعوا على ان المعتكف اذا جامع عامدا بطل اعتكافه الا ما روى عن ابن لبابة في غير المسجد واختلّفوا فيه اذا جامع ناسيا واختلّفوا أيضا في فساد الاعتكاف بما دون الجوع من التبلّة واللمس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال أبو حنيفة ليس في المباشرة فساد الا أن ينزل وللشافعي قولان، أحد هما مثل قول مالك، والثاني مثل قول أبي حنيفة * وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والحجاز له عموم ام لا وهو أحد انواع الاسم المشترك فمن ذهب الى ان له عموما قال ان المباشرة في قوله تعالى ولا تبشر وهن وأتم عاكفون في المساجد ينطلق على الجوع وعلى ما دونه ومن لم ير له عموما وهو الا شهر الاكثر قال يدل اما على الجوع واما على ما دون الجوع فذا قلنا انه يدل على الجوع باجماع بطل أن يدل على غير الجوع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والحجاز معا ومن أجرى الانزال بمنزلة الوقاع فلانه في معناه ومن خالف فلانه لا ينطاق عليه الاسم حقيقة واختلّفوا فيما يجب على الجامع فقال الجمهور لا شيء عليه وقال قوم عليه كفارة فيعضهم قال كفارة الجامع في رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد اهدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر وأصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارة أم لا والاظهر انه لا يجوز واختلّفوا في مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه

التتابع أم لا فقال مالك وأبو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك
* والسبب في اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق

وأما موانع الاعتكاف فاتفقوا على أنها ماعدا الأفعال التي هي أعمال المعتكف وأنه لا يجوز
للمعتكف الخروج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو ما هو في معناها مما تدعو إليه الضرورة
لما ثبت من حديث عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا اعتكف يدني
إلى رأسه وهو في المسجد فأرجله وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان واختلفوا إذا خرج
لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعي ينتقض اعتكافه عند أول خروجه وبعضهم
رخص في الساعة وبعضهم في اليوم واختلفوا هل له أن يدخل بيتاً غير بيت مسجده فرخص
فيه بعضهم وهم إلا أكثر مالك والشافعي وأبو حنيفة ورأى بعضهم أن ذلك يبطل اعتكافه
وأجاز مالك له البيع والشراء وإن بلى عند النكاح وخالفه غيره في ذلك * وسبب اختلافهم أنه
ليس في ذلك حد منصوص عليه إلا الاجتهاد وتشبيهه ما لم يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه واختلفوا
أيضاً هل للمعتكف أن يشترط فعل شيء مما ينفعه إلا اعتكف فينفعه شرطه في الإباحة أم
ليس ينفعه ذلك مثل أن يشترط شهود جنازة أو غير ذلك فكثر انقضاء على أن شرطه لا ينفعه
وأنه إن فعل بطل اعتكافه وقال الشافعي ينفعه شرطه * والسبب في اختلافهم تشبيههم
الاعتكاف بالخروج في أن كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج انحصار
إليه من رآه لحديث ضباعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هذا رجل بالخج واشترط أن
تحل حيث حبستى لكن هذا الأصل مختلف فيه في الخج فالقياس عليه ضعيف عند الخصم
المخالف له واختلفوا إذا اشترط التابع في النذر أو كان التابع لازماً فطلق النذر عند من يرى
ذلك مذهب الأشياء التي إذا قطعت الاعتكاف أوجب الاستئذان أو البناء مثل المرض فإن
منهم من قال إذا قطع المرض الاعتكاف في المعتكف وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي
ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما أحسب عندهم أن
الحائض تبنى واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج وكذلك اختلفوا إذا جن
المعتكف أو أغمى عليه هل يبنى أو ليس يبنى بل يستقبل * والسبب في اختلافهم في هذا
الباب أنه ليس في هذه الأشياء شيء محدود من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم
بما اتفقوا عليه بما اختلفوا فيه أعني بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو في العبادات التي من شرطها
التتابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على أن اعتكاف المتطوع إذا قطع لغير عذر أنه يجب

فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أراد أن يعتكف العشر الاوخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشر من شوال
واما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما أحسب والجمهور على أن من أتى كبيرة انقطع اعتكافه فمذهبة ما رأينا أن تثبت في اصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما.

﴿ كتاب الزكاة ﴾

والكلام المحيط بهذه العبادة بعدمعرفة وجوبها ينحصر في خمس جمل ، الجملة الاولى في معرفة من تجب عليه ، الثانية في معرفة ما تجب فيه من الاموال ، الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب ، الرابعة في معرفة متى تجب ومتى لا تجب ، الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجب له فاما معرفة وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولا خلاف في ذلك
﴿ الجملة الاولى ﴾ وأما على من تجب فتنهم اتفقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك للنصاب ملكا تاما واختلفوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل الذمة والناقص المالك مثل الذي عليه الدين أو له الدين ومثل المال المحبس الاصل فاما الصغار فان قومًا قالوا تجب الزكاة في أموالهم وبه قال علي وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعي والتموري وأحمد واسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الامصار وقال قوم ليس في مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال النخعي والحسن وسعيد بن جبير من التابعين وفرق قوم بين ما يخرج الارض وبين ما لا يخرجها فقالوا عليه الزكاة في ما يخرجها الارض وليس عليه زكاة في ما عدا ذلك من الماشية والناض والمروض وغير ذلك وهو أبو حنيفة وأصحابه وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة الا في الناض * وسبب اختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أولا إيجابها هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام أم هي حق واجب للفقراء على الاغنياء فمن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الاغنياء لم يمتد في ذلك بلوغا من غيره
وأما من فرق بين ما يخرجها الارض أولا يخرجها وبين الخلق والظاهر فلا أعلم له مستند في هذا الوقت

وأما أهل الزكاة فإن أكثر على أن لازكاة على جميعهم إلا ما روت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى ثعلب أعنى أن يؤخذ منهم مثلاً ما يؤخذ من المسلمين في كل شيء ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وليس عن مالك في ذلك قول وإنما صار هؤلاء لهذا لأنه ثبت أنه فعل عمر بن الخطاب بهم وكانهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الأصول تعارضه وأما العبيد فإن الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فتقوم قالوا لازكاة في أموالهم أصلاً وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبي عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعي فيما حكاه ابن المنذر والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأوجب طائفة أخرى على العبد في ماله الزكاة وهو مروي عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من اتقهاء وأهل الظاهر وبعضهم وجهه من قال لازكاة في مال العبد على أن لازكاة في مال المكاتب حتى يعتق وقال أبو ثور في مال المكاتب الزكاة * وسبب اختلافهم في زكاة مال العبد اختلافهم في هل يملك العبد ماله كاملاً أو غير تام فمن رأى أنه لا يملك ماله كاملاً وأن السيد هو المالك إذا كان لا يخلو مال من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه لا واحد منهما يملكه ملكاً ماله السيد إذا كانت يد العبد هي التي عليه لا يد السيد ولا العبد أيضاً لأن للسيد انتزاعه منه قال لازكاة في ماله أصلاً ومن رأى أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفه فيه تشبيهاً بتصرف بد الحرق قال الزكاة عليه لاسيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الأحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكف لتصرف اليد في المال وأما المالكون الذين عليهم الديون التي تستغرق أموالهم أو تستغرق ما يجب فيه الزكاة من أموالهم وبأيديهم أموال تجب فيها الزكاة فإنهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لازكاة في مال حياً كان أو غير دحتى نخرج منه الديون فن بقى ما يجب فيه الزكاة زكي والأفلا وبه قال الثوري وأبو ثور وابن المبارك وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الجبوب ويمنع ما سواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط إلا أن يكون له عروض فيها وقعة من دينه فإنه لا يمنع وقال قوم بمقابل القول الأول وهو أن الدين لا يمنع زكاة أصلاً * والسبب في اختلافهم اختلافهم هل الزكاة عبادة أَوْ حق مرتب في المال للمساكين فمن رأى أنها حق لهم قال لازكاة في مال من عليه الدين لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي المال بيده ومن قال هي عبادة قال يجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على المكاف سواء كان عليه دين أو لم يكن

وأيضاً فإنه قد تعارض هناك حق الله وحق للآدمي وحق الله أحق أن يقضى والاشبه
بفرض الشرع اسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام: فيها صدقة تؤخذ من
أغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغني وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين
الناض وغير الناض فلا أعلم له شبهة بينة وقد كان أبو عبيد يقول إنه إن كان لا يعلم أن عليه
ديناً إلا بقوله لم يصدق وإن علم أن عليه ديناً لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافاً لمن يقول باستقاط
الدين الزكاة وإنما هو خلاف لمن يقول يصدق في الدين كما يصدق في المال وأما المال الذي
هو في الذمة أعني في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فإنهم اختلفوا فيه أيضاً فقوم
قالوا لا زكاة فيه وإن قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو أحد
قولي الشافعي وبه قال الليث أو هو قياس قوله وقوم قالوا إذا قبضه زكاة لما مضى من السنين
وقال مالك يزكيه لحول واحد وإن أقام عند المديان سنين إذا كان أصله عن عوض وأما إذا
كان عن غير عوض مثل الميراث فإنه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل في ذلك * ومن
هذا الباب اختلافهم في زكاة الثمار المحبسة الأصول وفي زكاة الأرض المستأجرة على من
تجب زكاة ما يخرج منها هل على صاحب الأرض أو صاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم في
أرض الخراج إذا انتقلت من أهل الخراج إلى المسلمين وهم أهل العشر وفي أرض العشر
وهي أرض المسلمين إذا انتقلت إلى الخراج أعني أهل الذمة وذلك أنه يشبه أن يكون سبب
الخلافاً في هذا كله أنها أملاك ناقصة .

﴿ أما المسئلة الأولى ﴾ وهي زكاة الثمار المحبسة الأصول فإن مال الكوا الشافعي كانا بوجبان
فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها و فرق قوم بين أن تكون محبسة على
المساكين وبين أن تكون على قوم باعياهم فأوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم باعياهم
ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على المساكين ولا معنى لمن أوجبها على المساكين لأنه
يجتمع في ذلك شيان اثنان أحدهما أنها ملك ناقص والثانية أنها على قوم غير معينين من
الصنف الذين تصرف إليهم الصدقة لا من الذين تجب عليهم

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي الأرض المستأجرة على من تجب زكاة ما يخرجها فإن قوماً قالوا
الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي والثوري وابن المبارك وأبو ثور وجماعة
وقال أبو حنيفة وأصحابه الزكاة على رب الأرض وليس على المستأجر منه شيء * والسبب في
اختلافهم هل العشر حق الأرض أو حق الزرع أو حق مجموعهما إلا أنه لم يقل أحد أنه حق

لجميعهما وهو في الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لا أحد الا مرين اختلفوا في أيهما هو أولى أن ينسب الى الموضوع الذي فيه الاتفاق وهو كون الزرع والارض لملك واحد فذهب الجمهور الى انه انشئ الذي تجب فيه الزكاة وهو الحب وذهب أبو حنيفة الى انه انشئ الذي هو أصل الوجوب وهو الارض وأما اختلافهم في أرض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فإن الجمهور على أن فيها العشر أعني الزكاة وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشر * وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض أو حق الحب فإن قلنا انه حق الارض لم يجتمع فيها حقان وهما العشر والخراج وإن قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب وانما يجبي هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء في جواز بيع أرض الخراج وأما اذا انتقلت أرض العشر الى الذمي يزرعها فإن الجمهور على انه ليس فيها شيء وقال النعمان اذا اشترى الذمي أرض عشر تحولت أرض خراج فكأنه رأى أن العشر هو حق أرض المسلمين والخراج هو حق أرض الذميين لكن كان يجب على هذا الأصل اذا انتقلت أرض الخراج الى المسلمين أن تعود أرض عشر كما ان عنده اذا انتقلت أرض العشر الى الذمي عادت أرض خراج ويتعلق بالملك مسائل أليق انوضح ذكرها هو هذا الباب ، أحدها اذا أخرج المرء الزكاة فضاعت ، والثانية اذا أمكن إخراجها فبذلك بعض المال قبل الإخراج ، والثالثة اذا مات وعليه زكاة ، والرابعة اذا باع الزرع أو الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا ودهه .

فاما المسئلة الاولى ^١ وهي اذا أخرج الزكاة فضاعت فإن قومًا قالوا نحزى عنه وقوم قالوا هو لها ضامن حتى يضمها موضعها وقوم فرقوا بين أن يخرجها بعد أن أمكنه إخراجها وبين أن يخرجها أول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم ان يخرجها بعد أيام من الامكان والوجوب ضمن وان أخرجها في أول الوجوب ولم يقع منه فربط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي وبه قال أبو ثور والشافعي وقال قوم بل بعد الذهاب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريك في الباقي بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشريك يذهب بعض المال المشترك بينهما وبينه بيان شريك على تلك النسبة في الباقي فيتحتمل في المسئلة خمسة أقوال . قول انه لا يضمن باطلاق ، وقول انه يضمن باطلاق . وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم يضمن ، وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي ، والقول الخامس يكونان شريكين في الباقي

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ إذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن إخراج الزكاة فقوم قالوا يزكى ما بقي وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع بعض ما لهما * والسبب في اختلافهم تشبيه الزكاة بالديون أعني أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال أو تشبيهها بالحقوق التي تتعلق بعين المال لا بذمة الذي يده على المال كالأمانة وغيرهم فمن شبه مالك الزكاة بالأمانة قال إذا أخرج فهاك المخرج فلا شيء عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفريط والتفريط ألحقهم بالأمانة من جميع الوجوه إذا كان الأمين يضمن إذا فرط وأمن قال إذا لم يفرط زكى ما بقي فإنه يشبهه من هلك بعض ماله بعد الإخراج عن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما أنه إذا أوجبت الزكاة عليه فأنما يزكى الموجود فقط كذلك هذا إنما يزكى الموجود من ماله فقط * وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والأمين والشريك ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب وأما إذا أوجبت الزكاة وتمكن من الإخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فأنهم متفقون فيما أحسب نهضاً من الألف الماشية عندهم رأى أن وجوبها إنما يتم بشرط خروج الساعي مع الحول وهو مذهب مالك .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي إذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فإن قوماً قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقوم قالوا إن أوصى بها أخرجت عنه من الثلث والأفلاشي عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها إن ضاق الثلث ومنهم من قال لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعاً ولكن المشهور أنها بمنزلة الوصية وأما اختلافهم في المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فإن قوماً قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشتري بقبضه على البائع وبه قال أبو ثور وقال قوم البيوع مفسوخ وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة المشتري بالخيار بين أن يأخذ البيع ورده والعشر مأخوذ من الثمرة أو من الحب الذي وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة على البائع * وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته وإللاف عينه من شبهه بذلك قال الزكاة متربة في ذمة المتلف والمتفوت ومن قال البيع ليس بإللاف لعين المال ولا تفويت له وإنما هو بمنزلة من باع ما ليس له قال الزكاة في عين المال ثم هل البيع مفسوخ أو غير مفسوخ نظر آخر يذكر في باب البيوع إن شاء الله تعالى * ومن هذا النوع اختلافهم في زكاة المال الموهوب وفي بعض هذه المسائل التي ذكرنا تفصيل في المذهب لم نر أن نتعرض له إذ كان ذلك غير موافق لقرضنا مع أنه يسرف فيها إعطاء أسباب

تلك الفروق لانها اكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التي تتركى من التي لا تتركى والديون المسقط للزكاة من التي لا تسقطها فهذا ما رأينا أن نذكره في هذه الجملة وهي معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التي تجب به وأحكام من تجب عليه وقد بقي من أحكامه حكم مشهور وهو ما إذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها فذهب أبو بكر رضى الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم في مانع الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسبي ذريتهم وخالفه في ذلك عمر رضى الله عنه وأطلق من كان استرق منهم ويقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها * وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذي هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أو من شرطه وجود العمل معه فمنهم من رأى ان من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة إذا صدق بها حكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم أهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعتى في اعتقاد الايمان الذي ضد الكفر من الاعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ويؤمنوا بي فاشترط مع العلم بالقول وهو عمل من الاعمال فمن شبه سائر الافعال الواجبة بالقول قل جميع الاعمال المفروضة شرط في العلم الذي هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التي اتفق الجمهور على انها ليست شرطاً في العلم الذي هو الايمان قل التصديق فقط هو شرط الايمان وباديكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذي عليه الجمهور .

الجملة الثانية * وأما ما تجب فيه الزكاة من الاموال قاتم اثمها على أشياء واختلفوا في أشياء أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلى وثلاثة أصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفي الزيت خلاف شاذ . واختلفوا اما من الذهب ففي الحلى فقط وذلك انه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعي الى انه لا زكاة فيه اذا أريد للزينة واللباس وقال أبو حنيفة وأصحابه فيه الزكاة * والسبب في اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين الثبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة في جميع الأشياء فمن شبهه بالعروض التي المقصود منها المنافع أولاً قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالثبر والفضة التي المقصود منها المعاملة بها أولاً قل فيه الزكاة ولا اختلافهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في ذلك وذلك في انه روى جابر عن النبي

عليه الصلاة والسلام انه قال : ليس في الحلى زكاة وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعهما ابنة لها وفي يداها مسك من ذهب فقال لها أتودين زكاة هذا قالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار فخلعتهما وألتهما الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والاثران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الاملك لا اختلافهم تردد الحلى المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منهما أولاً المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التي المقصود منها بالوضع الاول خلاف المقصود من التبر والفضة أعني الانتفاع به لا المعاملة وأعني بالمعاملة كونها ثمناً واختلف قول مالك في الحلى المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلى المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة * واما ما اختلفوا فيه من الحيوان فنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صنفه اما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على ان لازكاة في الخيل فذهب أبو حنيفة الى انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعني اذا كانت ذكراً أو أنثى * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ وما يظن من معارضة اللفظ للفظ فيها أما اللفظ الذي يقتضى الازكاة فيها فنوله عليه الصلاة والسلام : ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة وأما القياس الذي عارض هذا العموم فهو أن الخيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل فاشبهه الابل والبقر وأما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الخيل : ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فذهب أبو حنيفة الى أن حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها قل القاضي وان يكون هذا اللفظ مجملاً أخرى منه أن يكون عاماً فيحتاج به في الزكاة وخالف أبو حنيفة في هذه المسئلة صاحباه أبو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضي الله عنه انه كان يأخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم * واما ما اختلفوا في صنفه فهي السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قوماً أوجبوا الزكاة في هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت أو غير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الامصار لازكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الانواع * وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة القياس لعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه الصلاة والسلام في أربعين شاة وأما المقيد فقوله عليه الصلاة والسلام : في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه أن يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضاً معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله

عليه الصلاة والسلام: في سائمة الغنم الزكاة يقتضى أن لازكاة في غير السائمة وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: في أر بعين شاة شاة يقتضى أن السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم أقوى من دليل الخطاب كما أن تغليب المقيّد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيّد وذهب أبو محمد بن حزم إلى أن المطلق يقتضى على المقيّد وأن في الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك في الأبل لقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمس ذود من الأبل صدقة وإن البقر لم يثبت فيها أثر وجب أن يتمسك فيها بالاجماع وهو أن الزكاة في السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قول ثالث وأما القياس المعارض لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: فيها في أر بعين شاة شاة فهو أن السائمة هي التي المتصود منها انماء والربح وهو الموجود فيها أكثر ذلك والزكاة انما هي فضلات الأموال والقضلات انما توجد أكثر ذلك في الأموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة في غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى أن العموم أقوى أوجب ذلك في الصنفين جميعاً فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التي تجب فيه الزكاة وأجمعوا على أنه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة إلا العسل فمن اختلفوا فيه فالجواب ورأى أنه لا زكاة فيه وقال قوم فيه الزكاة بسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الآثار الواردة في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام: في كل عشرة أزق زق خرجه الترمذي وغيره وأما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف الأربعة التي ذكرناها فهو جنس النبات الذي تجب فيه الزكاة فمنهم من لم ير الزكاة إلا في تلك الأربعة فقط وبه قال ابن أبي ليلى وسفيان الثوري وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة في جميع المدخرات المنتات من النبات وهو قول مالك والشافعي ومنهم من قال الزكاة في كل ما خرجه الأرض مدعداً الحشيش والخطب والنصب وهو أبو حنيفة * وسبب الخلاف أما بين من قصر الزكاة على الاصناف الخمسة عليها وبين من عدّها إلى المدخرات المنتات فهو اختلافهم في تعلق الزكاة بهذه الاصناف الأربعة هل هو لعينها أو لعلّة فيها وهي الاقتيات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلّة الاقتيات عدّى الوجوب لجميع المنتات * وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المنتات وبين من عدّها إلى جميع ما خرجه الأرض إلا ما وقع عليه الاجماع من الحشيش والخطب والنصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ أما اللفظ الذي يقتضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام: فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وما معنى الذي والذي من الفاظ العموم وقوله تعالى (وهو الذي أنشأ جنات

معروشات) الآية الى قوله (وآ نواحقه يوم حصاده) وأما القياس فهو ان الزكاة إنما المقصود منها سد الخلة وذلك لا يكون غالبا الا فيها هو قوت فمن خصص العموم بهذا القياس اسقط الزكاة مما عدا المقتات ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك الا ما أخرجه الاجماع والذين انفقوا على المقتات اختلفوا في أنه ياء من قبل اختلافهم فيها هل هي مقتاتة أم ليست بمقتاتة وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان مالكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعي في قوله الاخير بمصر * وسبب اختلافهم هل هو قوت أم ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك في إيجاب الزكاة في التين أولا إيجابها وذهب بعضهم الى ان الزكاة تجب في التمار دون الخضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات الآية ومن فرق في الآية بين التمار والزيتون فلا وجد لقوله الا وجهه ضعيف واتفقوا على أن لازمة في العروض التي لم يقصد به التجارة واختلفوا في إيجاب الزكاة فيما تحت يدهم من التجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم اختلافهم في وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا مرنا أن نخرج الزكاة مما نعدده للبيع وفيما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال أدركت الزكاة البر وأما القياس الذي اعتمدته الجمهور فهو أن العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به الترخية فشبها الاجناس الثلاثة التي فيها الزكاة باتفاق أعني الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الظحاوي ان زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا يخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى ان مثل هذا هو اجماع من الصحابة أعني اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافا فيه وفيه ضعف .

في الجملة الثالثة : وأما معرفة النصاب في واحد واحد من هذه الاموال المزكاة وهو المتعار الذي فيه تجب الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أعني في عينه وقدره فتأكد من ذلك ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه في جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها واختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ولنجعل الكلام في ذلك في فصول ، اتصل الاول في الذهب والفضة ، الثاني في الابل ، الثالث في الغنم ، الرابع في البقر ، الخامس في الثبات السادس في العروض .

﴿ الفصل الاول ﴾

أما المقدار الذي تجب فيه الزكاة من الفضة فانهم اتفقوا على انه خمس أواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة ما عدا المعدن من الفضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي المقدار الواجب فيه والواقية عندهم أربعون درهما كيلا وأما القدر الواجب فيه فانهم اتفقوا على ان الواجب في ذلك هو ربع العشر أعني في الفضة والذهب معاً لم يكونا خراجاً من معدن واختلفوا من هذا الباب في مواضع خمسة أحدها في نصاب الذهب، والثاني هل فيها أوقاص أم لا أعني هل فوق النصاب قدر لا يزيد الزكاة بزيادته، والثالث هل يضم بعضها الى بعض في الزكاة فيعدان كصنف واحد أعني عند اقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان والرابع هل من شرط النصاب أن يكون المالك واحداً لا اثنين الخامس في اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهي اختلافهم في نصاب الذهب فنأكثر العلماء على ان الزكاة تجب في عشرين ديناراً أو زناً كما تجب في مائتي درهم هذا مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة فقهاء الامصار وقالت طائفة منهم الحسن بن أبي الحسن البصري وأكثر أصحاب داود بن علي ليس في الذهب شيء حتى يبلغ أربعين ديناراً ففيها ربع عشر دينار واحد وقالت طائفة ثالثة ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتي درهم أوقيتها فإذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين ديناراً أو اقل أو أكثر هذا فيما كان منها دون الأربعين ديناراً فإذا بلغت أربعين ديناراً كان الاعتبار بها نفسها لا بالدرهم لا حصر فاولا قية * وسبب اختلافهم في نصاب الذهب انه لم يثبت في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب الفضة وما روى الحسن بن عماره من حديث علي انه عليه الصلاة والسلام قال : هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين ديناراً نصف دينار فليس عندنا أكثر مما يجب العمل به لا نفراد الحسن بن عماره به فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتمد في ذلك على الاجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الاربعين

وأما مالك فاعتمد في ذلك على العمل ولذلك قال في الموطأ السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ان الزكاة تجب في عشرين ديناراً كما تجب في مائتي درهم وأما الذين جعلوا الزكاة فيما دون الاربعين تبعاً للدرهم فانه لما كانوا عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هي الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعاً لها في القيمة لا في

الوزن وذلك فيادون موضع الاجماع ولما قيل أيضاً ان الرقعة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيادون خمس أواق من الرقعة صدقة .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فإن الجمهور قالوا ان ما زاد على مائتي درهم من الوزن ففيه بحسب ذلك أعني ربع العشر ومن قال بهذا القول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم أهل العراق لا شيء فيما زاد على المائتي درهم حتى تبلغ الزيادة أربعين درهماً فإذا بلغت كان فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما * وسبب اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمار ومعارضة دليل الخطاب له وترددهما بين أصليين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب أما حديث الحسن بن عمار فإنه رواد عن أبي اسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قد عفوت عن صدقة الخيل والريق فما نوا من الرقعة ربع العشر من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين ديناراً نصف دينار وليس في مائتي درهم شيء حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فما زاد ففي كل أربعين درهماً درهم وفي كل أربعة دنانير يزيد على العشر ديناراً درهم حتى تبلغ أربعين ديناراً ففي كل أربعين ديناراً وفي كل أربعة وعشرين نصف ديناراً ودرهم

وأما دليل الخطاب المعارض له فقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيادون خمس أواق من الورق صدقة ومنه فهمه ان فيما زاد على ذلك الصدقة قل أو أكثر

وأما ترددهما بين الأصليين اللذين هما الماشية والحبوب فإن النص على الأوقاص ورد في الماشية وأجمعوا على أنه لا أوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الأوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لا وقص .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي ضم الذهب إلى الفضة في الزكاة فإن عند مالك وأبي حنيفة وجماعة أنها تضم الدراهم إلى الدنانير فإذا كل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعي وأبو ثور وداود لا يضم ذهب إلى فضة ولا فضة إلى ذهب * وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لعينه أم لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء رؤوس الأموال وقيم المتلفات فمن رأى ان المعبر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم أحدهما إلى الثاني كالحال في البقر والغنم ومن رأى ان المعبر فيهما هو ذلك الأمر الجامع الذي قلناه أوجب ضم بعضهما إلى بعض ويشبه أن يكون الاظهر

اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات أنفسها وان كان قد بوم اتحادهما اتفاق المنافع وهو الذي اعتمد مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا والذين أجازوا ضمهما اختلفوا في صفة الضم فرأى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك بان ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز أن يخرج من الواحد عن الآخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة في وقت الزكاة فن كانت عنده مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة أو من كانت عنده مائة درهم تساوى أحد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه أيضا فيهما الزكاة ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وبمثل هذا القول قل الثوري الا انه يراعى الاحوط للمساكين في الضم أعنى القيمة أو تصرف الحدود ومنهم من قال يضم الاقل منها الى الاكثر ولا يضم الاكثر الى الاقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها أبداً كانت الدنانير أقل من الدراهم أو أكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم أصل والدنانير فرع اذ كان لم يثبت في الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ أربعين وقال بعضهم اذا كان عنده نصاب من أحدهما ضم اليه قليل الآخر وكثيره ولم يراض في تكميل النصاب اذا لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما * وسبب هذا الارتياب ما راموه من ان يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف في الوزن نصابا واحدا وهذا كذا لا معنى له ولعل من رام ضم أحدهما الى الآخر فقد أحدث حكما في الشرع حيث لا حكم لانه قد قل بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة التكيف والامر بالبيان أن يكون في أمثال هذه الاشياء المختلفة حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع حتى يكون سكوتة سببا لان بعض فيه من الاختلاف . مقدار هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ فان عند مالك وأبي حنيفة ان الشر يكتن ليس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد * وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة فان هذا التقدير يمكن أن يفهم منه انه انما يخصه هذا الحكم اذا كان لمالك واحد فقط ويمكن أن يفهم منه انه يخصه هذا الحكم كان لمالك واحد أو أكثر من مالك واحد الا أنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب انما هو الفرق فوجب أن يكون النصاب من شرطه أن يكون لمالك واحد وهو الاظهر والله أعلم والشافعي كانه شبه الشركة بالخلطة ولكن تأثير الخلطة في الزكاة غير متفق عليه على ما سيأتي بعد .

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي اختلافهم في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه فإن مالكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن وأما الخلاف بينهما أن مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعي على ما سنقول بعد في الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما أن الواجب فيما يخرج منه هور ربع العشر. وأما أبو حنيفة فلم يرفيه نصابا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس * وسبب الخلاف في ذلك هل اسم الركاز يتناول المعدن أم لا يتناوله لأنه قال عليه الصلاة والسلام: وفي الركاز الخمس وروى أشهب عن مالك أن المعدن الذي يوجد بغير عمل أنه ركاز وفيه الخمس * فسبب اختلافهم في هذا هو اختلافهم في دلالة اللفظ وهو أحد أسباب الاختلافات العامة التي ذكرناها .

﴿ الفصل الثاني في نصاب الابل والواجب فيه ﴾

وأجمع المسلمون على أن في كل خمس من الابل شاة إلى أربع وعشرين فإذا كانت خمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض إلى خمس وثلاثين فإن لم تكن ابنة مخاض فأبنة لبون ذكر فإذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون إلى خمس وأربعين فإذا كانت ستا وأربعين ففيها حقة إلى ستين فإذا كانت واحدا وستين ففيها جذعة إلى خمس وسبعين فإذا كانت ستا وسبعين ففيها ابنتا لبون إلى تسعين فإذا كانت واحدا وتسعين ففيها حقتان إلى عشرين ومائة لثبوت هذا كله في كتاب الصدقة الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده أبو بكر وعمر واختلافوا فيها في مواضع منها فإزاء على العشرين والمائة ومنها إذا عدم السن الواجبة عليه وعنده السن الذي فوقه أو الذي تحته ما حكمه ومنها هل تجب الزكاة في صغار الابل وإن وجبت فما الواجب .

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اختلافهم فيما زاد على ألفة وعشرين فإن مالكا قال إذا زادت على عشرين ومائة واحدة لم يصدق بالخيار إن شاء أخذ ثلاث بنات لبون وإن شاء أخذ حقتين إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن القاسم من أصحابه بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار إلى أن تبلغ ثمانين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعي وقال عبد الله بن الماجشون من أصحاب مالك بل يأخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار إلى أن تبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه والثوري إذا زادت على عشرين ومائة عادت القر بضعة على أولها ومعنى عودها أن يكون عندهم في كل

خمس ذود شاة فإذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة للخمس فإذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فإذا كانت خمسا وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شياه الى أربعين ومائة ففيها حقتان وأربع شياه الى خمس وأربعين ومائة فإذا بلغت ففيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة والعشرين وابنة المخاض للخمس وعشرين كما كانت في القرض الاول الى خمسين ومائة فإذا بلغت ففيها ثلاث حقائق فإذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها القرض بضة الاولى الى أن تبلغ مائتين فيكون فيها أربع حقائق ثم يستقبل بها القرض بضة

وأما ما عدى الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على أن ما زاد على المائة والثلاثين ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم في عودة القرض أولا عودته اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة أنه قال عليه الصلاة والسلام : فما زاد على العشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وروى من طريق أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استوفيت القرض بضة فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذ هو أثبت وذهب الكوفيون الى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول علي وابن مسعود قالوا ولا يصح أن يكون مثل هذا الا توقيفا اذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس * وأما سبب اختلاف مالك وأصحابه والشافعي فيما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فلانه لم يستقيم لهم حساب الاربعينيات ولا الخمسينيات فمن رأى ان ما بين المائة وعشرين الى أن يستقيم الحساب وقص قل ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شي يظهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث وأما الشافعي وابن القاسم فمما ذهبوا الى أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب في كتاب الصدقة أنها اذا بلغت إحدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فإذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة * فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الآثار الثابت للتفسير الذي في هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الآثار للاتفاق على ثبوته وابن القاسم والشافعي حملا الجمل على الفصل المفسر وأما تخيير مالك الساعي فكانه جمع بين الاثرين والله أعلم .

{ وأما المسئلة الثانية } وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن

الذي فوق هذا السن أو نحتته فإن مال الكافل يكف شراء ذلك السن وقال قوم بل يعطى السن الذي عنده وزيادة عشرين درهماً إن كان السن الذي عنده أخط أو شاتين وإن كان أعلى دفع إليه المصدق عشرين درهماً أو شاتين وهذا ثابت في كتاب الصدقة فلامعنى للمنازعة فيه ولعل مال الكافل يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة الواجب عليه القيمة على أصله في إخراج القيم في الزكاة وقال قوم بل يعطى السن الذي عنده وما ينه من القيمة .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي هل نجب في صغار الابل وإن وجبت فماذا يكف فإن قوماً قالوا نجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا نجب * وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أولاً يتناولوه والذين قالوا لا نجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن عقلة أنه قال أما ما صدق النبي عليه الصلاة والسلام فأتيتته فجلست إليه فسمعته يقول إن في عهدي أن لا آخذ من راضع لبن ولا أجمع بين مفترق ولا تفرق بين مجتمع قال وأتاه رجل بناقة كوءاء فاني أن يأخذها والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال يأخذ منها وهو الاقيس ونحن هذا الاختلاف اختلفوا في صغار البقر وسخال الغنم .

(الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك)

جمهور العلماء على أن في ثلاثين من البقر تبعا وفي أربعين مسنة وقالت طائفة في كل عشر من البقر شاة إلى ثلاثين ففيها تباع وقيل إذا بلغت خمساً وعشرين ففيها بقرة إلى خمس وسبعين ففيها بقرتان إذا جاوزت ذلك فإذا بلغت مائة وعشرين ففي كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد ابن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الأربعين والستين فذهب مالك والشافعي واحمد واثوري وجماعة أن لا شيء فيما زاد على الأربعين حتى تبلغ ستين فإذا بلغت ستين ففيها تبعا إلى سبعين ففيها مسنة وتبيع إلى ثمانين ففيها مسنتان إلى تسعين ففيها ثلاثة أتبعه إلى مائة ففيها تبعا ومنه ثم هكذا ما زاد ففي كل ثلاثين تباع وفي كل أربعين مسنة * وسبب اختلافهم في النصاب أن حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرج الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الامصار في الوقص في البقر أنه جاء في حديث معاذ هذا أنه توقف في الاوقاص وقال حتى أنسأل فيها النبي عليه الصلاة والسلام فلما قدم عليه وجده قد توفي صلى

الله عليه وسلم فلم يرد في ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فن قاسها على الابل والغنم لم يرد في الاوقاص شيئاً ومن قال ان الاصل ان في الاوقاص الزكاة الا ما استثناه الدليل من ذلك وجب أن لا يكون عنده في البقر وقص اذا لدليل هنالك من اجماع ولا غيره

(الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك)

وأجمعوا من هذا الباب على ان في سائمة الغنم اذا بلغت أربعين شاة شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين فثلاث شياه الى ثلاثمائة فاذا زادت على الثلاثمائة ففي كل مائة شاة وذلك عند الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة ان فيها أربع شياه واذا كانت أربع مائة شاة وشاة ففيها خمس شياه وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والاشجار الثابتة المرفوعة في كتاب الصدقة على ما قال الجمهور وانفقوا على ان المعز تضم مع الغنم واختلفوا من أي صنف منها يأخذ المصدق فقال مالك يأخذ من الاكثر عدداً فان استوت خير الساعي وقال ابو حنيفة بل الساعي بخير اذا اختلفت الاصناف وقال الشافعي يأخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضي الله عنه نعد عليهم بالسخلة يحماها الراعي ولا تأخذ ولا تأخذ الا كولة ولا الربي ولا الماخض ولا تلخ الغنم وتأخذ الجذعة واثنية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه وكذلك اتفق جماعة فقهاء الا بمصار على انه لا يؤخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك في كتاب الصدقة الا أن يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين واختلفوا في العميا وذات العلة هل تعد على صاحب المال ام لا فرأى مالك والشافعي ان تعد وروى عن أبي حنيفة انها لا تعد * وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الاصحاء والمرضى أم لا يتناولهما واختلفوا من هذا الباب في نسل الامهات هل تعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذا لم يبلغ نصاباً فقال مالك يعد بها وقال الشافعي وأبو حنيفة وابو ثور لا يعتد بالسخال الا أن تكون الامهات نصاباً * وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضي الله عنه اذا أمر ان تعد عليهم بالسخال ولا يؤخذ منها شيء فان قوماً فهموا من هذا اذا كانت الامهات نصاباً وقوم فهموا هذا مطلقاً واحسب ان اهل الظاهر لا يوجبون في السخال شيئا ولا يعدون بها الا كانت الامهات نصاباً ولا تمسكن لان اسم الجنس لا ينطبق عليها عندهم وأكثر الفقهاء على ان للخلطة تأثيراً في قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير في قدر النصاب أم لا وأما ابو حنيفة وأصحابه فلم يروا للخلطة تأثيراً لا في قدر الواجب ولا في قدر

النصاب ونفسير ذلك ان مالكا والشافعي وأكثر فقهاء الامصار اتفقوا على أن الخطاء يزكون زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في نصاب الخطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثاني في صفة الخلطة التي لها تأثير في ذلك . وأما اختلافهم أولا في هل للخلطة تأثير في النصاب وفي الواجب أو ليس لها تأثير * فسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ثبت في كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا للخلطة تأثيرا في النصاب والقدر الواجب أو في القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه الصلاة والسلام وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالته واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الاثر مخصص لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فمادون خمس ذود من الابل صدقة أما في الزكاة عند مالك وأصحابه اعني في قدر الواجب وأما في الزكاة والنصاب معا عند الشافعي وأصحابه وأما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشر يكتفي قد يقال لهم اخليطان ويحتمل أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما هو نهى للسعاة ان يتقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات أو يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال في هذا الحديث وجب الاتخصص به الاصول الثابتة المجمع عليها اعني ان النصاب والحق الواجب في الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد وأما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو اظهر في الخلطة نفسها منه في الشركة واذا كان ذلك كذلك فتموله عليه الصلاة والسلام فيهما انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه الصلاة والسلام انهما يتراجعان بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشر يكتفي ليس يتصور بينهما تراجع إذ المأخوذ هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يتس عليه النصاب قال الخليطان انما يزكيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعا لحكم الحق الواجب قال نصباهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاةهما زكاة الرجل

الواحد وكل واحد من هؤلاء أنزل قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على ما ذهب اليه فأما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهم ما فيها ثلاث شياه فاذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولا يجمع بين مفترق ان يكون التفريق الثلاث لكل واحد منهم أربعون شاة فاذا جمعوها كان عليهم شاة واحد فعلى مذهبه النهي انما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب وأما الشافعي فقال معنى قوله ولا يفرق بين مجتمع أن يكون رجلان لهما أربعون شاة فاذا فرقا غنمهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد في الحكم وأما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هي الخلطة المؤثرة في الزكاة فاما الشافعي فقال ان من شرط الخلطة أن تختلط ماشيتهم وراحوا واحد وتحملا الواحد وتسرحا لواحد وتسقيما معا وتكون فحولهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك لا يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم وأما مالك فالخليفة ان عنده ما اشتركا في الدلو والحوض والمراح والراعي والفحل واختلف أصحابه في مراعاة بعض هذه الاوصاف أو جميعها * وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ولذلك لم يرقوم تأثير الخلطة في الزكاة وهو مذهب أبي محمد بن حزم الاندلسي .

* (الفصل الخامس) *

(في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك)

وأجمعوا على ان الواجب في الحبوب أما ما سقى بالسماة فالعشر وأما ما سقى بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم وأما النصاب فانهم اختلفوا في وجوبه في هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى ايجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق والوسق ستون صاعا باجماع والصاع أربعة أمداد بعد النبي عليه الصلاة والسلام والجمهور على أن مداه رطل وثلاث وزيدة يسيرة بالبغدادى واليه رجع أبو يوسف حين ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان ابو حنيفة يقول في المداه رطلان وفي الصاع انه ثمانية أرتال وقال ابو حنيفة ليس في الحبوب والثمار نصاب * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق

صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى أن الخصوص يبنى على العموم قال لا بد من النصاب وهو المشهور ومن رأى أن العموم والخصوص متعارضان إذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر إذا كان قد ينسخ الخصوص بالعموم عنده وينسخ العموم بالخصوص إذا كل ماوجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لا نصاب ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزء الذى تعارض فيه فان العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فانه السبب الذى صير الجمهور الى ان يقولوا بنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس بنياً فان التعارض بينهما موجود الا أن يكون الخصوص متصلاً بالعموم فيكون استثناء واحتجاج أبى حنيفة في النصاب بهذا العموم فيه ضعف فان الحديث إنما خرج مخرج تبين القدر الواجب منه واختلفوا من هذا الباب في النصاب في ثلاث مسائل . المسألة الاولى في ضم الحبوب بعضها الى بعض في النصاب . الثانية في جواز تقدير النصاب في العنب والتمر بالخرص . الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمره وزرعه قبل الحصاد والجذاذ في النصاب أم لا .

﴿ أما المسألة الاولى ﴾ فانهم اجمعوا على ان الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده الى رديئه وتؤخذ اذ كاه عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما اعنى من الجيد والرديء فان كان الثمر أصنافاً أخذ من وسطه واختلفوا في ضم القطنى بعضها الى بعض وفي ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت أيضاً وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطنى كلها أصناف كثيرة بحسب اسمائها ولا يضم منها شئ الى غيره في حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة لا يضم واحد منها الى الآخر لئلا يكمل النصاب * وسبب الخلاف هل المراجعة في الصنف الواحد هو اتفاق المنافع او اتفاق الاسماء فمن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلفت اسماؤها فهي اصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهي صنف واحد وان اختلفت اسماؤها فكل واحد منهما يرؤم أن يقرر قاعدته باستقراء الشرع أعنى ان أحدهما يحتج لمذهبه بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها الاسماء والاخر بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه ان يكون شهادة الشرع للاسماء فى الزكاة أكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجودا فى الشرع والله أعلم .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي تقدير النصاب بالخرص واعتباره به دون السكيل فان جمهور العلماء على اجازة الخرص في النخيل والاعناب حين يبد صلاحها الضرورة ان يخلى بينها وبين أهلها ياكلونها رطباً وقال داود لا خرص الا في النخيل فقط وقال أبو حنيفة وصاحباها الخرص باطل وعلى رب المال ان يؤدي عشر ما تحصل بيده زاد على الخرص أو نقص منه * والسبب في اختلافهم في جواز الخرص معارضة الاصول للآثار الواردة في ذلك . أما الآثار الواردة في ذلك وهو الذي تمسك به الجمهور فهو ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يرسل عبد الله بن رواحة وغيره الى خير فيخرص عليهم النخل . وأما الاصول التي تعارضه فلانه من باب المزانية المنهى عنها وهو بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر كيلا ولانه أيضاً من باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة وكلاهما من اصول الربا فلما رأى الكوفيون هذا مع ان الخرص انذى كان يخرص على أهل خير لم يكن للزكاة اذ كانوا ليسوا باهل زكاة قالوا يحتمل ان يكون تخميناً ليعلم ما يبدى كل قوم من الثمار قال القاضي اما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان في التسمية لما روى أن عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الخرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلي أعني في قسمة الثمار لا في قسمة الحب . واما بحسب حديث عائشة الذي رواه أبو داود فاعلم الخرص لموضع النصيب الواجب عليهم في ذلك والحديث هو أنها قالت وهي تذكر شأن خير كان النبي صلى الله عليه وسلم : يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خير فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وخرص الثمار لم يخرج به الشيخان وكيفما كان فالخرص مستثنى من تلك الاصول هذا ان ثبت انه كان منه عليه الصلاة والسلام حكماً منه على المسلمين فان الحكم لو ثبت على اهل الذمة ليس يجب أن يكون حكماً على المسلمين الابدائل والله أعلم ولو صح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الخرص بيناً والله أعلم وحديث عتاب بن أسيد هو انه قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان اخرص العنب واخذ زكاته زبيياً كما تؤخذ زكاة النخل تمر او حديث عتاب بن أسيد طعن فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجز داود خرص العنب واختلف من أوجب الزكاة في الزيتون في جواز خرصه * والسبب في اختلافهم اختلافهم في قياسه في ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل في الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة في الزيتون هو الزيت لا الحب قياساً على التمر والزبيب وقال مالك في العنب الذي لا يتر بوب والزيتون

الذى لا ينصرف رأى ان يؤخذ منه حياً .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فان مالكا وأبا حنيفة قالوا يحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب وقال الشافعي لا يحسب عليه ويترك الخارص لرب المال ماياً كل هو وأهله * والسبب في اختلافهم ما يعارض الا^٢ ثار في ذلك من الكتاب والقياس أما السنة في ذلك فمارواه سهل بن أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم: بعث أبا حنيفة خارصاً فجاء رجل فقال يا رسول الله ان أبا حنيفة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن ابن عمك يزعم انك زدت عليه فقال يا رسول الله لقد تركت له قدر عرية أهلله وما يطعمه المساكين وما تسقطه الريح فقال قد زادك ابن عمك وأنصفك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قال خففوا في الخرص فان في المال العرية والا كلة والوصية والعامل والنواب وما وجب في الثمر من الحق . وأما الكتاب المعارض لهذه الا^٢ ثار والقياس فقوله تعالى « كلوا من ثمر اذا اثمروا وتواضعوا يوم حصاده » وأما القياس فلانه مال فوجبت فيه الزكاة أصلاً سائر الاموال فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بتقدير الواجب في الزكاة والواجب منه في هذه الاجناس الثلاثة التي الزكاة مخرجة من أعيانها لم يختلفوا انها اذا خرجت من الأعيان أنفسها انها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل المين القيمة أو لا يجوز فقال مالك والشافعي لا يجوز اخراج القيم في الزكوات بدل المنصوص عليه في الزكوات وقال أبو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه أو لم يقدر * وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق واجب للمساكين فمن قال انها عبادة قال ان أخرج من غير تلك الأعيان لم يجز لانه اذا أتى بالعبادة على غير الجهة انما مور بها فهي قسدة ومن قال هي حق للمساكين فلا فرق بين القبة والعين عنده وقد قالت الشافعية لانه ان تقول وان سلمنا انها حق للمساكين إن الشارع إنما علق الحق بالعين قصد امنه لتشريك الفقراء مع الأغنياء في أعيان الاموال والحنفية تقول انما خصت بالذكر أعيان الاموال تسهلاً على أرباب الاموال لان كل ذي مال انما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذي بين يديه ولذلك جاء في بعض الآثار انه جعل في الدية على أهل الحال حلالاً على ما يأتي في كتاب الحدود .

﴿ الفصل السادس في نصاب العروض ﴾

والنصاب في العروض على مذهب القائلين بذلك انما هو فيما اتخذ منها للبيع خاصة على ما يقدر

قبل والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب في العين اذ كانت هذه هي قيم المتلفات ورؤس الاموال وكذلك الحول في العروض عند الذين أوجبوا الزكاة في العروض فان مال كقال اذا باع العروض زكاه لسنة واحدة كالحال في الدين وذلك عنده في التأخر الذي تنضبط له أوقات شراء عروضه وأما الذين لا ينضبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصصون باسم المدير فتحكم هؤلاء عندما ملك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوم ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذي يرتجى قبضه ان لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله في دين غير المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصاباً أدى زكاته وسواء نض له في عامه شيء من العين أو لم ينض بلغ نصاباً أو لم يبلغ نصاباً وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذ لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه في العروض شيء فمنهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذي شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر بذلك وقال المنزني زكاة العروض تكون من أعيانها لا من أثمانها وقال الجمهور الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري والاوزاعي وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وأنه من اشترى عرضاً للتجارة فخال عليه الحول قومه وزكاه وقال قوم بل يزكي ثمنه الذي ابتاعه به لا قيمته وإنما لم يوجب الجمهور على المدير شيئاً لان الحول إنما يشترط في عين المال لا في نوعه وأما مالك فشبّه النوع ههنا بالعين لثلاث سقطة الزكاة رأساً عن المدير وهذا هو بان يكون شرعاً زائداً أشبه منه بان يكون شرعاً مستتباً من شرع ثابت ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالنياس المرسل وهو الذي لا يستند الى أصل منصوص عليه في الشرع الا ما يفعل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وان لم يستند الى أصول منصوص عليها.

﴿الجملة الرابعة في وقت الزكاة﴾ وأما وقت الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب الزكاة في الذهب والفضة والماشية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولا تنشره في الصحابة رضى الله عنهم ولا تنشر العمل به ولا اعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون الا عن توقيف وقدر روى مرفوعاً من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول وهذا يجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس فيه في الصدر الاول خلاف الا ما روى عن ابن عباس ومعاوية * وسبب الاختلاف انه لم يرد في ذلك حديث ثابت واختلفوا من هذا الباب في مسائل ثمانية مشهورة، إحداهما هل

يشترط الحول في المعدن اذا قلنا ان الواجب فيه ربع العشر، الثانية في اعتبار حول ربح المال، الثالثة حول القوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة، الرابعة في اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة، الخامسة في اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيها الزكاة، السادسة في حول فائدة المشاية، السابعة في حول نسل الغنم اذا قلنا انها تنضم الى الامهات إما على رأى من يشترط أن تكون الامهات نصاباً وهو الشافعى وأبو حنيفة وإما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك، والثامنة في جواز اخراج الزكاة قبل الحول.

﴿أما المسئلة الاولى﴾ وهى المعدن فان الشافعى راعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول * وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ما تخرجه الارض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنين فن شبهه بما تخرجه الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنين أوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة أبين والله أعلم.

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فرأى الشافعى ان حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصاباً أو لم يكن وهو مروى عن عمر ابن عبد العزيز انه كتب ألا يعرض لارباح التجار حتى يحول عليها الحول وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أى اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصاباً أو أقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصاباً قال أبو عبيد ولم يتابعه عليه أحد من اتفقوا الا اصحابه وفرق قوم بين أن يكون رأس المال الخائل عليه الحول نصاباً أو لا يكون فقالوا ان كان نصاباً زكى الربح مع رأس ماله وان لم يكن نصاباً لم يزك ومن قال بهذا القول الاوزاعى وأبو ثور وأبو حنيفة * وسبب اختلافهم تردد الربح بين أن يكون حكمه حكم المال المستفاد أو حكم الاصل فن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الا أن من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان نصاباً ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل في مذهب مالك وبشأنه أن يكون الذى اعتمده مالك رضى الله عنه في ذلك هو تشبيهه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم يختلف أيضاً فيه وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور.

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى حول القوائد فانهم أجمعوا على أن المال اذا كان أقل من نصاب واستفاد اليه مال من غير ربحه يكل من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم كمل واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول فقال مالك يزكى المستفاد

ان كان نصابا لحواله ولا يضم الى المال الذي وجبت فيه الزكاة وبهذا القول في القوائد قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري القوائد كلها تركي بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم * وسبب اختلافهم هل حكم حكم المال الوارد عليه أم حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر أعني مالا فيه زكاة قال لازكاة في الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان في الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول يقتضي أن لا يضاف مال الى مال الا بدليل وكان أبا حنيفة اعتمد في هذا قياس الناض على الماشية ومن أصله الذي يعتقه في هذا الباب أنه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا في جميع اجزائه بل أن يوجد نصابا في طرفيه فقط وبعضاً منه في كله فعنده ان اذا كان مال في أول الحول نصاباً ثم هلك بعضه فصار أقل من نصاب ثم استفاد مالا في آخر الحول صار به نصاباً انه يجب فيه الزكاة وهذا عند موجود في هذا المال لانه لم يستكمل الحول وهو في جميع اجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن التي في طرفي الحول نصابا وانظر أن الحول الذي اشترط في المال انما هو في مال معين لا يزيد ولا ينقص لا بربح ولا بفائدة ولا بغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك أن ما بقي حولا عند المالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هي في فضول الاموال . وأما من رأى ان اشتراط الحول في المال انما سببه النماء فواجب عليه أن يقول تضم القوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وأن يعتبر النصاب في طرفي الحول فتأمل هذا فانه بين والله أعلم ولذلك رأى مالك أن من كان عنده في أول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وأبدلها في آخر الحول بماشية من نوعها انما تجب فيها الزكاة فكأنه اعتبر أيضاً طرفي الحول على مذهب أبي حنيفة وأخذ أيضاً ما اعتمد أبو حنيفة في فائدة الناض القياس على فائدة الماشية على ما قلناه .

وأما المسئلة الرابعة وهي اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوماً قالوا يعتبر ذلك فيه من أول ما كان ديناً يركبه اعدة ذلك ان كان حولا فحول وان كان أحوالا فاحوال أعني انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان أحوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يركبه لعام واحد وان أقام الدين أحوالا عند الذي عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول . وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بإيجاب الزكاة في الدين ومن

قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التي أقام فمضير الى تشبيه الدين بالمال الحاضر وأما من قال الزكاة فيه لحول واحد وان أقام أحوالا فلا أعرف له مستندا في وقتي هذا لانه لا يخلو ما دام ديننا أن يقول ان فيه زكاة أولا يقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستأنف به وان كان فيه زكاة فلا يخلو أن يشترط فيها الحول أولا يشترط ذلك فان اشترطنا وجب أن يعتبر عدد الاحوال الا أن يقول كلما انقضى حول فلم يتمكن من أدائه سقط عنه ذلك الحق اللازم في ذلك الحول فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الا حق العام الاخير وهذا يشبهه مالك بالعروض التي للتجارة فانها لا تجب عنده فيها زكاة الا اذا باعها وان أقامت عنده أحوالا كثيرة وفيه شبهة ما بالماشية التي لا يأتي الساعي اعواما اليها ثم يأتي فيجد ها قد نقصت فانه يزكي على مذهب مالك الذي وجد فقط لانه لما أن حال عليها الحول فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة اذ كان محجى الساعي شرطا عنده في اخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الحاضر وحوسب به في الاعوام السابقة كان الواجب فيها أقل أو أكثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهو شئ يجري على غير قياس وانما اعتبر مالك فيه العمل ، وأما الشافعي فيراه ضامنا لانه ليس محجى الساعي شرطا عنده في الوجوب وعلى هذا كل من رأى انه لا يجوز أن يخرج زكاة ماله الا بان يدفعها الى الامام فعدم الامام أو عدم الامام العادل ان كان ممن شرط العدالة في ذلك انه ان هلك بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا شئ عليه ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة أعني أن من الديون عنده ما يزكي لعام واحد فقط مثل ديون التجارة، ومنها ما يستقبل بها الحول مثل ديون المواريث ، والثالث دين المدير وتحصيل قوله في الديون ليس بغير ضناء .

﴿المسئلة الخامسة﴾ وهي حول العروض وقد تقدم القول فيها عند القول في نصاب العروض
 ﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه في فوائد الناض وذلك انه يبنى القاعدة على الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل أبو حنيفة في قاعدة الدراهم وفي قاعدة الماشية فابو حنيفة مذهبه في الفوائد حكم واحد أعني انها يبنى على الاصل اذا كانت نصابا كانت فائدة غنم أو فائدة ناض والارباح عنده والنسل كالفوائد وأما مالك فالربح والنسل عنده حكم واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية وأما الشافعي فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بأنفسهما وفوائد الماشية ونسلهما واحد أيضا باعتبار حولهما بالاصل اذا كان نصابا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء

الفقهاء الثلاثة وكأنه انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والا فالقياس فيهما واحد أعنى ان الرمح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وحديث عمر هذا هو انه أمر أن يعد عليهم بالسخال ولا يأخذ منها شيئا وقد تقدم الحديث في باب النصاب

﴿ المسئلة السابعة ﴾ وهي اعتبار حول نسل الغنم فان مالكا قال حول النسل هو حول الامهات كانت الامهات نصابا أو لم تكن كما قال في ربح الناض وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لا يكون حول النسل حول الامهات الا أن تكون الامهات نصابا * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في ربح المال .

﴿ وأما المسئلة الثامنة ﴾ وهي جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزه أبو حنيفة والشافعي * وسبب الخلاف هل هي عبادة أو حق واجب للمساكين فن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة أجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعي لرأيه بحديث علي أن النبي عليه الصلاة والسلام: استسلف صدقة العباس قبل محلها .

﴿ الجملة الخامسة فبمن تجب له الصدقة ﴾ والكلام في هذا الباب في ثلاثة فصول الاول في عدد الاصناف الذين تجب لهم ، الثاني في صفتهم التي تقتضى ذلك ، الثالث كم يجب لهم

(الفصل الاول)

فاما عددهم فهم الثمانية التي نص الله عليهم في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية واختلفوا من العدد في مسألتين ، احدهما هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد من هؤلاء الاصناف أم هم شركاء في الصدقة لا يجوز أن يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة الى انه يجوز للامام أن يصرفها في صنف واحد أو أكثر من صنف واحد اذ رأى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعي لا يجوز ذلك بل يتسم على الاصناف الثمانية كما سمي الله تعالى * وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى أن يؤثر بها أهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الحاجة فكان تعديدهم في الآية عنده هؤلاء انما ورد لتمييز الجنس أعنى أهل الصدقات لا تشريكم في الصدقة فالاول أظهر من جهة اللفظ وهذا أظهر من جهة المعنى ومن الحجج للشافعي ما رواه أبو داود عن الصدائي أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة فقال له

رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان الله لم يرخص بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى يحكم فيها فجزأها ثمانية اجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقه .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا فقال مالك لا مؤلفة اليوم وقال الشافعي وابو حنيفة بل حق المؤلفة باق الى اليوم اذ رأى الامام ذلك وهم الذين يتألفهم الامام على الاسلام * وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم أو عام له ولسائر الامة والاظهر انه عام وهل يجوز ذلك للامام في كل أحواله أو في حال دون حال أعني في حال الضعف لا في حال القوة ولذلك قال مالك لا حاجة الى المؤلفة الا في حالة القوة الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه الى المصالح .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر الذي هو ضد الغنا لقوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء والمساكين » واختلفوا في الغنى الذي تجوز له الصدقة من الذي لا تجوز وما مقدار الغنا المحرم للصدقة فاما الغنى الذي تجوز له الصدقة فان الجمهور على انه لا تجوز الصدقة للأغنياء باجمعهم الا للخمسة الذي نص عليهم النبي عليه الصلاة والسلام في قوله: لا تحل الصدقة لغنى الا خمسة، لغاز في سبيل الله، أو لعامل عليها، أو لغارم، أو لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغنى وروى عن ابن التاسم انه لا يجوز أخذ الصدقة لغنى أصلاً مجاهداً كان أو عاملاً والذين أجازوها للعامل وان كان غنياً أجازوها للقضاة ومن في معنائهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو أن لا تجوز لغنى أصلاً * وسبب اختلافهم هو دلالة العلة في إيجاب الصدقة للأصناف المذكورين هو الحاجة فقط أو الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص عليهم في الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب أخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الأصناف المنصوص عليهم وأما حد الغنا الذي يمنع من الصدقة فذهب الشافعي الى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطاق عليه الاسم وذهب أبو حنيفة الى أن الغنا هو ملك النصاب لانهم الذين سباهم النبي عليه الصلاة والسلام أغنياء لقوله في حديث معاذله فأخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم وإذا كان الأغنياء هم الذين هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس في ذلك حد انما هو راجع الى الاجتهاد * وسبب اختلافهم هل الغنا المانع هو معنى شرعي أم معنى لغوي

فمن قال معنى شرعى قال وجود النصاب هو الغنا ومن قال معنى لغوى اعتبر في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم فمن رأى أن أقل ما ينطلق عليه الاسم هو محدود وفي كل وقت وفي كل شخص جعل حده هذا ومن رأى أنه غير محدود وان ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والأشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وأن ذلك راجع الى الاجتهاد وقد روى أبو داود في حديث الغنا الذي يمنع الصدقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهماً وفي أثر آخر أنه ملك أوقية وهي أربعون درهماً وأحسب أن قوماً قالوا بهذا إلا أنار في حد الغنا . واختلفوا من هذا الباب في صفة الفقير والمسكين والفصل الذي بينهما فقتل قوم الفقير أحسن حالاً من المسكين وبه قال البغداديون من أصحاب مالك وقال آخرون المسكين أحسن حالاً من الفقير وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد أقواله وفي قوله الثاني أنهما اسمان دالان على معنى واحد وإلى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوى إن لم تكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقراء اللغة أن يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالقل والاكثري كل واحد منهما لا أن هذا راتب من أحدهما على قدر غير القدر الذي الآخر راتب عليه . واختلفوا في قوله تعالى وفي الرقاب فقتل مالكهم انعيده يعقهم إلا مام ويكون ولا هم للمسلمين وقال الشافعي وأبو حنيفة هم المكانبون وابن السبيل هو عندهم المسافر في طاعة ينقد زاده فلا يجد ما ينقته وبعضهم يشترط فيه أن يكون ابن السبيل جار الصدقة وأما في سبيل الله فقتل مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار وقال الشافعي هو الغازي جار الصدقة وأما اشترط جار الصدقة لان عندا كثرهم أنه لا يجوز تنمیل الصدقة من بلد الى بلد الامن ضرورة .

(الفصل الثالث)

وأما قدر ما يعطى من ذلك أم الغارم فبقدر ما عليه إذا كان دينه في طاعة وفي غير سرف بل في أمر ضروري وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله إلى بلده ويشبه أن يكون ما يحمله إلى مغزاه عند من جعل ابن السبيل الغازي واختلفوا في مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحد مالك في ذلك حداً وصرفه إلى الاجتهاد وبه قال الشافعي قال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصاباً أو أقل من نصاب وكره أبو حنيفة أن يعطى أحد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثوري لا يعطى أحداً أكثر من خمسين درهماً وقال الليث يعطى ما يبتاع به خادماً

إذا كان ذاعيال وكانت الزكاة كثيرة وكان أكثرهم مجمعون على أنه لا يجب أن يعطى عطية يصير بها من الغنا في مرتبة من لا تجوز له الصدقة لأن ما حصل له من ذلك المال فوق القدر الذي هو به من أهل الصدقة صار في أول مراتب الغنا فهو حرام عليه وإنما اختلفوا في ذلك لاختلافهم في هذا القدر فهذه المسئلة كأنها بنيت على معرفة أول مراتب الغنا وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء أنه إنما يأخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا أن ثبت في هذا الكتاب وأن تذكرنا شيئاً مما يشاء كل غرضنا الحقناه به إن شاء الله تعالى .

﴿ كتاب زكاة الفطر ﴾

والكلام في هذه الزكاة يتعلق بفصول ، أحدها في معرفة حكمها ، والثاني في معرفة من يجب عليه ، والثالث كم يجب عليه ومماذا يجب عليه ، والرابع متى يجب عليه ، والخامس من تجوز له .

﴿ الفصل الأول ﴾

فأما زكاة الفطر فإن الجمهور على أنها فرض وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك إلى أنها سنة وبه قال أهل العراق وقال قوم هي منسوخة بالزكاة * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ثبت من حديث عبد الله بن عمر أنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير على كل حر أو عبد ذكراً أو أنثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضي الوجوب على مذهب من يقدر الصاحب في فهم الوجوب أو التدب من أمره عليه الصلاة والسلام إذ لم يجد له لفظه وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حديث الأعرابي المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل على غيرهما قال لا إلا أن تطوع فذهب الجمهور إلى أن هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير إلى أنها غير داخلة واحتجوا في ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يأمر نابه أقبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم تؤمر بها ولم ننه عنها ونحن نفعله .

﴿ الفصل الثاني ﴾

افمن يجب عليه وعن يجب وأجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بهذا كإنا كانوا أو أنا نصغار وكبار أعيد أو أحرار الحديث ابن عمر المتقدم إلا ما شذ فيه الليث فقال ليس على أهل

العمود زكاة الفطر وانما هي على أهل القرى ولا حجة له وما شذأ أيضاً من قول من لم يوجبها على اليتيم وأما عن تجب فانهم اتفقوا على انها تجب على المرء في نفسه وأنها زكاة بدن لا زكاة مال وأنها تجب في ولده الصغار عليه اذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده اذا لم يكن لهم مال واختلفوا فيما سوى ذلك وتلخيص مذهب مالك في ذلك انها تلزم الرجل عن الزمته الشرع النفقة عليه وواقته في ذلك الشافعي وانما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن تلزم المرء نفقته اذا كان معسرا ومن ليس تلزمه وخالفه أبو حنيفة في الزوجة وقال تؤدي عن نفسها وخالفهم أبو ثور في العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده وبه قال أهل الظاهر والجمهور على انه لا تجب على المرء في أولاده الصغار اذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن هي على الأب وان أعطاهما من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه الزكاة الغنا عند أكثرهم ولا نصاب بل أن تكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تجب على من تجوز له الصدقة لانه لا يجتمع أن تجوز له وان تجب عليه وذلك بين والله أعلم وانما اتفق الجمهور على أن هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف في ذاته فقط كالحال في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لا يجابها على الصغير والعبيد فمن فهم من هذا أن علة الحكم الولاية قال الولي يلزمه اخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من هذه النفقة قال المنفق يجب أن يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما عرض هذا الاختلاف لانه اتفق في الصغير والعبد وهما اللذان نبها على أن هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غير ذلك وجدت الولاية فيها وجوب النفقة فذهب مالك الى أن العلة في ذلك وجوب النفقة وذهب أبو حنيفة الى أن العلة في ذلك الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقدر روى مرفوعا: أدوا زكاة الفطر عن كل من يموتون ولكنه غير مشهور، واختلفوا من العبيد في مسائل. أحدها كما قلنا وجوب زكاته على السيد إذا كان له مال وذلك مبني على انه يملك أولا يملك، والثانية في العبد الكافر هل يؤدي عنه زكاته أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه والسبب في اختلافهم اختلافهم في الزيادة الواردة في ذلك في حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فانه قد خراف فيها نافع فكون ابن عمر أيضاً الذي هو راوى الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبد الكفار وللخلاف أيضاً سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد في العبد هل هي لمكان أن العبد مكلف او انه مال فن قال لمكان انه مكلف اشترط

الاسلام ومن قال لمكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا اعتق ولم يخرج عنه مولا هزكاة الفطر انه لا يلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات، والثالثة في المكاتب فان مالكا وأبانور قالوا يؤدي عنه سيده زكاة الفطر وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد لا زكاة عليه فيه * والسبب في اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد، والرابعة في عبيد التجارة ذهب مالك والشافعي وأحمد الى أن على السيد فيهم زكاة الفطر وقال أبو حنيفة وغيره ليس في عبيد التجارة صدقة * وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبد يقتضي وجوب الزكاة في عبيد التجارة وغيرهم وعند أبي حنيفة أن هذا العموم مخصوص بالقياس وذلك هو اجتماع زكاتين في مال واحد وكذلك اختلفوا في عبيد العبد وفروا هذا الباب كثيرة .

﴿الفصل الثالث﴾

وأما ما ذكروه فان قوما ذهبوا الى أنها تجب امامن البر أو من التمر أو الشعير أو الزبيب أو الاقط وأن ذلك على التخيير للذي تجب عليه وقوم ذهبوا الى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد أو قوت المكلف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذي حكاه عبد الوهاب عن المذهب * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث أبي سعيد الخدري انه قال: كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر فنهم من هذا الحديث التخيير قال أي اخرج من هذه أجزاً عنه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الاباحة وإنما سببه اعتبار قوت المخرج أو قوت غالب البلد قال بالقول الثاني وأما كم يجب فان العلماء اتفقوا على أنه لا يؤدي في زكاة الفطر من التمر والشعير أقل من صاع لثبوت ذلك في حديث ابن عمر واختلفوا في قدر ما يؤدي من القمح فقال مالك والشافعي لا يجزى منه أقل من صاع وقال أبو حنيفة وأصحابه يجزى من البر نصف صاع * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك انه جاء في حديث أبي سعيد الخدري انه قال: كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب وظاهره انه أراد بالطعام القمح وروى الزهري أيضاً عن أبي سعيد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في صدقة الفطر صاعاً من بر بين اثنين أو صاعاً من شعير أو تمر عن كل واحد خرجه أبو

داود وروى عن ابن المسيب انه قال: كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من خنطة أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر فمن أخذ به هذه الأحاديث قال نصف صاع من البر ومن أخذ بظاهر حديث أبي سعيد وقاس البر في ذلك على الشعير سوى بينهما في الوجوب .

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما متى يجب إخراج زكاة الفطر فانهم اتفقوا على انها تجب في آخر رمضان لحديث ابن عمر: فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان واختلفوا في تحديد الوقت فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه تجب بطول ع الفجر من يوم الفطر وروى عنه أشهب انها تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالأول قال أبو حنيفة والثاني قال الشافعي * وسبب اختلافهم هل هي عبادة متعائمة بيوم العيد أو بخروج شهر رمضان لأن ليلة العيد ليست من شهر رمضان وفائدة هذا الاختلاف في المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لا تجب .

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما لمن تصرف فأجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أغنوهم عن السؤال في هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجهور على أنها لا تجوز لهم وقال أبو حنيفة تجوز لهم * وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط أو الفقر والاسلام معاً فمن قال الفقروالاسلام لم يجزها للذمين ومن قال الفقر فقط أجازها لهم واشترط قوم في أهل الذمة الذين تجوز لهم ان يكونوا رهبانا وأجمع المسلمون على أن زكاة الأموال لا تجوز لأهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام: صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلي الله على محمد وآله وسلم تسليماً

﴿كتاب الحج﴾

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أجناس، الجنس الأول، يشتمل على الأشياء التي تجرى من هذه العبادة بمجرى المقدمات التي تجب معرفتها لعمل هذه العبادة، الجنس الثاني في الأشياء التي تجرى منها مجرى الأركان وهي الأمور المعمولة نفسها والأشياء المتركة: الجنس الثالث في الأشياء التي يجري منها مجرى الأمور اللاحقة وهي أحكام الأفعال وذلك أن كل عبادة فإنها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الأجناس .

﴿الجنس الأول﴾ وهذا الجنس يشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه «ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً» وأما شرط الوجوب فإن الشرط قسمان شرط صحة وشرط وجوب فاما شرط الصحة فلا خلاف بينهم أن من شرطه الإسلام إذ لا يصح حج من ليس بمسلم واختلفوا في صحة وقوعه من الصبي فذهب مالك والشافعي إلى جواز ذلك ومنع منه أبو حنيفة . وسبب الخلاف، ما روضة الأثر في ذلك للأصول وذلك أن من أجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور بخرجه البخاري ومسلم وفيه أن امرأة رفعت إليه الصلاة والسلام صبياً فقالت ألهذا حج يا رسول الله قال نعم ولك أجر ومن منع ذلك تمسك بأن الأصل هو أن العبادة لا تصح من غير عاقل وكذلك اختلف أصحاب مالك في صحة وقوعها من الطفل الرضيع وينبغي أن لا يختلف في صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه الصلاة والسلام من السبع إلى العشر وأما شرط الوجوب فيشرط فيها الإسلام على القول بأن الكفار مخاطبون بشرائع الإسلام ولا خلاف في اشتراط الاستطاعة في ذلك لقوله تعالى «من استطاع إليه سبيلاً» وإن كان في تفصيل ذلك اختلاف وهي بالجملة تنصور على نوعين مباشرة ونياية فاما المباشرة فلا خلاف عندهم أن من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الأمن واختلفوا في تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب أن من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع المشي فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب في حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد

عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الا كتساب في طريقه ولو بالسؤال * والسبب في هذا الخلاف معارضة الاثر الوارد في تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد اثر عنه عليه الصلاة والسلام انه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل ابو حنيفة والشافعي ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشي ولا له قوة على الا كتساب في طريقه وانما اعتقد الشافعي هذا الرأي لان من مذهبه اذا ورد الكتاب مجحلاً فوردت السنة بتفسير ذلك المجمل انه ليس ينبغي العدول عن ذلك التفسير وأما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأبي حنيفة انه لا تلزم النيابة اذا استطاعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعي انها تلزم فيلزم على مذهبه الذي عنده مال بقدر أن يحج به عنه غير اذا لم يقدر هو وبدنه ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من أخ أو قريب سقط ذلك عنه وهي المسئلة التي يعرفونها بالمعصوب وهو الذي لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الذي يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده أن يخرجوا من ماله بما يحج به عنه * وسبب الخلاف في هذا معارضة القياس للآخر وذلك ان القياس يقتضي ان العبادات لا ينوب فيها أحد عن أحد فانه لا يصلي أحد عن أحد باتفاق ولا يزكي أحد عن أحد * وأما الاثر المأثور لهذا الحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله فرضة الله في الحج على عباده ادر كنت أبا شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع فهذا في الحي وأما في الميت فحديث ابن عباس أيضاً خرجه البخاري قال جاءت امرأة من جهينة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أمي نذرت الحج فماتت أفأحج عنها قال حجى عنها أرايت لو كان عليها دين أكنت قاضيته دين الله أحق بالتضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعاً وانما الخلاف في وقوعه فرضاً واختلفوا من هذا الباب في الذي يحج عن غيره سواء كان حياً أو ميتاً هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا فذهب بعضهم الى أن ذلك ليس من شرطه وان كان قد أدى الفرض عن نفسه فذلك أفضل وبه قال مالك فحين يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحي لا يقع وذهب آخرون الى أن من شرطه أن يكون قد قضى فرضة نفسه وبه قال الشافعي وغيره انه ان حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلاً يقول: لييك عن شبرمة قال ومن شبرمة فقال أخ لي أو قال قريب لي قال أخفججت عن نفسك قال لا قال فحج عن نفسك

ثم حج عن شربة والطائفة الاولى علت هذا الحديث بانه قد روى موقوفا على ابن عباس واختلفوا من هذا الباب في الرجل يؤاجر نفسه في الحج فكره ذلك مالك والشافعي وقالوا ان وقع ذلك جاز ولم يحجز ذلك أبو حنيفة وعمدته انه قرأه الى الله عز وجل فلا تجوز الا جارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الجارة في كتب المصاحف وبناء المساجد وهي قرابة والجارة في الحج عند مالك نوعان، أحدهما الذي يسميه أصحابه على البلاغ وهو الذي يؤاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فان قص ما أخذه عن البلاغ وقاه ما يبلغه وان فضل عن ذلك شيء رده، والثاني على سنة الجارة ان قص شيء وقاه من عنده وان فضل شيء فله والجور على أن العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق وأوجه عليه بعض أهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه القرية ومن تقع . وأما من يجب قانهم اختلفوا هل هي على الفور أو على التراخي والقولان متأولان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتأخرين من أصحابه انها على التراخي وبالقول انها على الفور قال البغداديون من أصحابه واختلف في ذلك قول أبي حنيفة وأصحابه والمختار عندهم انه على الفور وقال الشافعي هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبي صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما أخره النبي عليه الصلاة والسلام ولو أخره لعذر لبيته وحجة القرية الثاني انه لما كان مختصاً بوقت كان الاصل تأنيماً تاركه حتى يذهب الوقت أصله وقت الصلاة والفرق عند القرية الثاني بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت وبالجملة فن شبه أول وقت من أوقات الحج الطائفة على المكف المستطيع باول الوقت من الصلاة قال هو على التراخي ومن شبهه بآخر الوقت من الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه ينقضي بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقضي وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلي مؤدياً ويحتاج هؤلاء بالقرية الذي يلحق المكف بتأخيره الى عام آخر بما يغلب على الظن من امكان وقوع الموت في مدة من عام ويرون انه بخلاف تأخير الصلاة من أول الوقت الى آخره لان الغالب انه لا يموت أحد في مقدار ذلك الزمان الا نادراً أو ربما قالوا ان التأخير في الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذي يؤدي فيه الصلاة والتأخيرها هنا يكون مع دخول وقت لا يصح فيه العبادة فهو ليس بشبه في هذا الامر المطلق وذلك ان الامر المطلق عند من يقول انه على التراخي ليس يؤدي التراخي فيه الى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المأمور فيه كما يؤدي التراخي في الحج اذا دخل وقته فأخره

المكلف الى قابل فليس الاختلاف في هذه المسئلة من باب اختلافهم في مطلق الامر هل هو على القور أو على التراخي كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة أن يكون معها زوج أو ذو محرم منها بطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعي ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المرأة الى الحج اذا وجدت رفقة مأمونة وقال أبو حنيفة واحد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط في الوجوب * وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهي عن سفر المرأة ثلاثا الا مع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر الا مع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث أو رأى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذى محرم فقد قلنا في وجوب هذا النسك الذي هو الحج وبأى شئ يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقي من هذا الباب القول في حكم النسك الذي هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وبه قال الشافعي واحمد وأبو ثور وأبو عبيد واثوري والاوزاعي وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هي سنة وقال أبو حنيفة هي تطوع وبه قال أبو ثور وداود فمن أوجبها احتج بقوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) وبآثار مروية منها ما روى عن ابن عمر عن أبيه قال: دخل اعرابي حسن الوجه ابيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الا سلام يا رسول الله فقال أن تشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعتمر وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما نزلت والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انان حجة وعمرة فمن قضاهاما فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: الحج والعمرة فريضة فريضة لا يضرك بأيهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعها الى النبي صلى الله عليه وسلم وأما حجة الفريضة والثاني وهم الذين يرون أنها ليست واجبة فالأحاديث المشهورة الثابتة الواردة في تعديدها فرائض الاسلام من غير أن يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحج مفرداً ومثل حديث السائل عن الاسلام فان في بعض طرقه وان يحج البيت ويربما قالوا ان الامر بالانتهاء ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض

أعني اذا شرع فيها أن تم ولا تقطع * واحتج هؤلاء أيضاً أعني من قال انها سنة باتار منها حديث الحجاج بن ارطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم عن العمرة أو اجبة هي قال لا ولا ن تعمر خير لك قال ابن عمر وليس هو حجة فيما اتقرب به وربما احتج من قال انها تطوع بما روى عن أبي صالح الحنفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فسبب الخلاف في هذا هو تعارض الآثار في هذا الباب وتردد الأمر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه

﴿ القول في الجنس الثاني ﴾

(وهو تعريف أفعال هذه العبادة في نوع نوع منها والتروك المشتركة فيها) وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة أصناف افراد وتمتع وقران وهي كلها تشتمل على أفعال محدودة في أمكنة محدودة وأوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشترط في تلك الأفعال ولكل هذه أحكام محدودة اما عند الإخلال بها واما عند الطوارئ المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولاً الى القول في الأفعال والى القول في التروك وأما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول في الأحكام فلنبدأ بالأفعال وهذه منها ما تشترك فيه هذه الأربعة الأنواع من النسك أعني أصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها ما يختص بواحد واحد منها فلنبدأ من القول فيها بالمشترك ثم نصير الى ما يخص واحد أو واحد منها فنقول ان الحج والعمرة أول أفعالهما الفعل الذى يسمى الاحرام .

﴿ القول في شروط الاحرام ﴾

والاحرام شروطه الأول المسكان والزمان أما المسكان فهو الذى يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول ان العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التى منها يكون الاحرام أما لاهل المدينة فذوالحليفة وأما لاهل الشام فالجحفة ولاهلى نجد قرن ولاهلى اليمن يلمن ثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره * واحتلّفوا في ميقات أهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق * وقال الشافعى والثورى ان أهلوا من العميق كان أحب * واحتلّفوا فيمن أقته لهم فقالت طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى أقت لاهل العراق ذات عرق والعميق وروى ذلك

من حديث جابر وابن عباس وعائشة: وجمهور العلماء على أن من يخطئ هذه وقصده الاحرام فلم يجرم الا بعدها ان عليه دما وهؤلاء منهم من قال ان رجوع الى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعي ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمره وهذا يذكر في الاحكام وجمهور العلماء على أن من كان منزله دونهن فيمقات احرامه من منزله واختلفوا هل الافضل احرام الحاج منهن أو من منزله اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وقال مالك وإسحاق وأحمد احرامه من المواقيت أفضل وعمدة هؤلاء الا حديث المتقدمة وانها السنة التي سنّها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي أفضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قد أحرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم أعرف بالسنة وأصول أهل الظاهر تقتضي أن لا يجوز الا احرام الا من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه واختلفوا في ترك الاحرام من ميقاته وأحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل أن يترك أهل المدينة الاحرام من ذي الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم ومن قال به مالك وبعض أصحابه وقال أبو حنيفة ليس عليه شيء * وسبب الخلاف هل هو من النسك الذي يجب في تركه الدم أم لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مريه هذه المواقيت ممن أراد الحج أو العمرة . وأما من لم يردهما ومريه فقال قوم كل من مريه ما يلزمه الاحرام الا من يكثر ترداده مثل الخطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام بها الا ما يريد الحج أو العمرة وهذا كله لمن ليس من أهل مكة . وأما أهل مكة فانهم يحرمون بالحج أو بالعمرة يخرجون الى الحل ولا بد . وأما من يحرم بالحج أهل مكة فبئس اذا رآه والهلل وقيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترك لانواع هذه العبادة .

﴿ القول في ميقات الزمان ﴾

وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضا في أنواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة بإتفاق وقال مالك ثلاثة الا شهر كاهل للحج وقال الشافعي الشهران وعشر من ذي الحجة وقال أبو حنيفة عشر فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج أشهر معلومات فوجب أن يطلق على جميع ايام ذي الحجة أصله انطلاقه على جميع ايام شوال وذو

القعدة ودليل الفرق الثاني انقضاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء أفعاله الواجبة وقائدة الخلاف تأخر طواف الا فاضة الى آخر الشهر وان أحرم بالحج قبل أشهر الحج كرهه مالك ولكن صح احرامه عنده وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي ينعقد احرامه احرام عمره فمن شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت ومن اعتقد عموم قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله قال متى أحرم انعقد احرامه لانه مأمور بالانتماء وربما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة في وقت نظيرتها انتقلت الى النظير مثل أن يصوم نذراً في أيام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف في المذهب وأما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها في كل أوقات السنة لانها كانت في الجاهلية لا تصنع في أيام الحج وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال أبو حنيفة تجوز في كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق فانها تكره واختلفوا في تكريرها في السنة الواحدة مراراً فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاث في السنة الواحدة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا كراهية في ذلك فهذا هو القول في شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغي بعد ذلك أن نصير الى القول في الاحرام وقبل ذلك ينبغي أن نقول في تركه ثم نقول بعد ذلك في الافعال الخاصة بالمحرم الى حين احلاله وهي افعال الحج كلها وتركه ثم نقول في أحكام الاخلال بالتروك والافعال ولنبدأ بالتروك.

﴿ القول في التروك وهو ما يمنع الاحرام من الأمور المباحة للحلال ﴾

والاصل في هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تلبسوا القميص ولا العمام ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لا يجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس فاتفق العلماء على بعض الاحكام الواردة في هذا الحديث واختلفوا في بعضها فما اتفقوا عليه انه لا يلبس المحرم قميصاً ولا شيئاً مما ذكر في هذا الحديث ولما كان في معناه من مخيط الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال أعني تحريم لبس المخيط وانه لا بأس للمرأة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر واختلفوا في لبس غير السراويل هل له

لباسها فقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز له لباس السراويل وإن لبسها افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وداود لا شيء عليه إذا لم يجد أزاراً وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان في ذلك رخصة لاستثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى في لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: السراويل لمن لم يجد الأزار والخف لمن لم يجد النعلين وجمهور العلماء على إجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين وقال أحمد جازئ لمن لم يجد النعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذاً بمطلق حديث ابن عباس وقال عطاء في قطعهما فساد والله لا يحب الفساد واختلفوا فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه القدية وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي وسند كرهذا في الأحكام وأجمع العلماء على أن المحرم لا يلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر: لا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس واختلفوا في المعصفر فقال مالك ليس به بأس فإنه ليس بطيب وقال أبو حنيفة والثوري هو طيب وفيه القدية وحجة أبي حنيفة ما أخرجه مالك عن علي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصفر وأجمعوا على أن إحرام المرأة في وجهها وإن لها أل تغطي رأسها وتستتر شعرها وإن لها أن تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سداً خفيفاً تستتر به من نظر الرجال إليها كنجوماروى عن عائشة أنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فإذا مر بنا ركب سد لنا على وجوهنا الثوب من قبل رؤسنا وإذا جاوز الركب رفعناه ولم يأت تغطية وجوههن إلا ما رواه مالك عن فاطمة بنت المنذر أنها قالت كنا نحمّر وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديق واختلفوا في تحمير المحرم وجهه بعد إجماعهم على أنه لا يحمّر رأسه فروى مالك عن ابن عمر أن ما فوق الذقن من الرأس لا يحمّره المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه أنه إن فعل ذلك ولم يزرعه مكانه افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وداود وأبو ثور يحمّر المحرم وجهه إلى الحاجبين وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن أبي وقاص واختلفوا في لبس القفازين للمرأة فقال مالك إن لبست المرأة القفازين افتدت ورخص فيه الثوري وهو مروي عن عائشة والحجة لما أخرجه أبو داود عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه نهى عن الثياب والقفازين وبعض الرواة يرويه مرفوعاً عن ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث أعني رفعه

الى النبي عليه الصلاة والسلام فهذا هو مشهور اختلافهم وانها قهيم في اللباس وأصل الخلاف في هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أو لا ثبوته . وأما الشيء الثاني من المتر وكات فهو الطيب وذلك أن العلماء أجمعوا على أن الطيب كونه يحرم على المحرم بالحج والعمرة في حال احرامه واختلفوا في جوازه للمحرم عند الاحرام قبل أن يحرم لما يبق من أثره عليه بعد الاحرام فكرهه قوم وأجازه آخرون ومن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين ومن أجازه أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وداود والخجة لمالك رحمه الله من جهة الأثر حديث صفوان بن يعلى ثبت في الصحيح وفيه أن رجلاً جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بحجة مضمخة بطيب فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في حجة بعدما تضحج بطيب فانزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال أين السائل عن العمرة أتقاً فانتم الرجل فأتى به فقال عليه الصلاة والسلام: أما الطيب الذي بك فاغسله عنك ثلاث مرات وأما الحجة فانزعها ثم اصنع ما شئت في عمرتك مما تصنع في حجتك اختصرت الحديث وفتنه هو الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني ما رواه مالك عن عائشة انها قالت كنت أطيّب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت واعتل الفريق الأول بما روى عن عائشة انها قالت وقد بلغها انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه رحمه الله أباعبد الرحمن طيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم أصبح محرماً قالوا واذا طاف على نسائه اغتسل فانما يبق عليه أثر ريح الطيب لا جرمه نفسه قالوا ولما كان الاجتماع قد انعقد على ان كل ما لا يجوز للمحرم ابتداءً وهو محرّم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استسحابه وهو محرّم فوجب أن يكون الطيب كذلك فسيب الخلاف تعارض الآثار في هذا الحكم . وأما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء وذلك انه أجمع المسلمون على ان وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج . وأما الممنوع الرابع وهو القاء التفت وازالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على انه يجوز له غسل رأسه من الجنابة واختلفوا في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لا بأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدة ان عبد الله بن عمر كان لا يغسل رأسه وهو محرّم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ما روى مالك عن عبد الله بن جبير أن ابن عباس والمصور بن مخزومة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال المسور لا يغسل

الحرم رأسه قال فأرسلني عبد الله بن عباس الى أبي ايوب الانصاري قال فوجدته يغتسل بين
القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن جبير أرسلني اليك
عبد الله بن عباس أسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم
فوضع أبو ايوب يده على الثوب فتطأطأ حتى بدا الى رأسه ثم قال لا نسان اصيب فصب على
رأسه ثم حرك رأسه بيده فأقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول ما يزيد الماء الا شعثاً رواه مالك في الموطأ
وحمل مالك حديث أبي ايوب على غسل الجنابة والحجة لاجماعهم على أن الحرم ممنوع من
قتل القمل ونتف الشعر والقاء الثفت وهو الوسخ والغاسل رأسه هو اما أن يفعل هذه كلها أو
بعضها وانفقوا على منع غسله رأسه بالخطمي وقال مالك وابو حنيفة ان فعل ذلك افتدى وقال
أبو ثور وغيره لا شيء عليه واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى ان على من دخله
التدية وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري وداود لا بأس بذلك وروى عن ابن عباس دخول
الحمام وهو محرم من طريقين والا حسن أن يكره دخوله لان الحرم منهي عن القاء الثفت . وأما
المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك أيضاً مجمع عليه لقوله سبحانه « وحرم عليكم صيد البر
مادمت حرمات » وقوله تعالى « لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم » وأجمعوا على انه لا يجوز له صيده ولا
أكل ما صاده هو منه واختلفوا اذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله على ثلاثة أقوال ، قول انه
يجوز له أكله على الاطلاق وبه قال ابو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزيير ، وقال قوم هو
محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلي وعمر وبه قال الثوري ، وقال مالك ما لم يصد
من أجل الحرم أو من أجل قوم محرمين فهو حلال وما صيد من أجل محرم فهو حرام على الحرم
وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك ، فأحدها ما خرجه مالك من حديث أبي قتادة
انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحاب له
محرمين وهو غير محرم فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه
فأبوا عليه فسألهم رحمه فأبوا عليه فاخذه ثم شد على الحمار فنتله فأكل منه بعض أصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم وأبى بعضهم فلما أدر كوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك
فقال : انما هي طعمة أطعمكم الله وجاء أيضاً في معناه حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النسائي
أن عبد الرحمن التيمي قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدي له ظبي وهو راقد
فاكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق على أكله وقال أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

والحديث الثاني حديث ابن عباس خرج به أيضاً مالك انه اهتدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمراً وحشياً وهو بالابواء أو بوادفرده عليه وقال اننا لم بردّه عليك الا أنا حرم وللأختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهي عن الاكل بشرط القتل أو يتعلق بكل واحد منهما على الاثر اذ فن أخذ بحديث أبي قتادة قال ان النهي انما يتعلق بالاكل مع القتل ومن أخذ بحديث ابن عباس قال النهي يتعلق بكل واحد منهما على اثر اذ فن ذهب في هذه الاحاديث مذهب الترجيح قال اما بحديث أبي قتادة واما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الاحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع أولى وأكده واذلك بما روى عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : صيد البر حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصادلكم واختلفوا في المضطر هل يأكل الميتة أو يصيد في الحرم فقال مالك وأبو حنيفة والثوري وزفر وجماعة اذا اضطرأكل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد وقال أبو يوسف يصيد ويأكل وعليه الجزاء والاول أحسن للذريعة وقول أبي يوسف أقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الأغراض وما حرم لعلة أخف مما حرم لعينه وما هو محرم لعينه أغلظ فهذه الخمسة اتفق المسلمون على انها من محظورات الاحرام واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة والثوري لا بأس بان ينكح المحرم وان ينكح * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فاحدها ما رواه مالك من حديث عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح والمعارض لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرج به أدل الصحيح الا انه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن أبي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاهما وعن زيد بن الاصم ويمكن الجمع بين الحديثين بان يحمل الواحد على الكراهية والثاني على الجواز فهذه هي مشهورات ما يحرم على المحرم . وأما من يحمل فسند كرهه عند ذكرنا أفعال الحج وذلك أن المعتمر يحل اذا طاف وسمى وحلق واختلفوا في الحاج على ما سياتي بعد واذ قد قلنا في ترك المحرم قلنقل في أفعاله .

﴿ القول في أنواع هذا النسك ﴾

والمحرمون إما محرم بعمره مفردة أو محرم بحج مفرد أو جامع بين الحج والعمره وهذا ضربان
أما تمتع وأما قارن فينبغي أولاً أن نجد أصناف هذه المناسك الثلاث ثم نقول ما يفعل المحرم
في كلهما وما يخص واحداً واحداً أمنها إن كان هنالك ما يخص وكذلك تفعل فيما بعد إلا حرام
من أفعال الحج .

﴿ القول في شرح أنواع هذه المناسك ﴾

فنتقول أن الأفراد هو ما يتعمى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب أن نبداً أولاً بصفة التمتع
ثم نردف ذلك بصفة القران .

﴿ القول في التمتع ﴾

فنتقول أن العلماء اتفقوا على أن هذا النوع من النسك الذي هو المعنى بقوله سبحانه (فمن تمتع
بالعمره إلى الحج فما استيسر من الهدى) هو أن يهل الرجل بالعمره في أشهر الحج من الميقات
وذلك إذا كان مسكنه خارجاً عن الحرم ثم يأتي حتى يصل البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق
في تلك الأشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام بعينه وفي تلك الأشهر بعينها
من غير أن ينصرف إلى بلده إلا ما روى عن الحسن أنه كان يقول هو تمتع وإن عاد إلى بلده ولم
يحج أى عليه هدى التمتع المنصوص عليه في قوله تعالى (فمن تمتع بالعمره إلى الحج فما استيسر
من الهدى) لأنه كان يقول عمره في أشهر الحج متعة وقال طاوس من اعتمر في غير أشهر الحج
ثم أقام حتى يحج وحج من عامه أنه تمتع واتفق العلماء على أن من لم يكن من حاضري المسجد
الحرام فهو تمتع واختلفوا في المبكى هل يقع منه التمتع أم لا يقع والذين قالوا أنه يقع منه اتفقوا
على أنه ليس عليه دم لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام واختلفوا فيمن
هو حاضر بالمسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضر والمسجد الحرام هم أهل مكة وذو
طوى وما كان مثل ذلك من مكة وقال أبو حنيفة هم أهل المواقيت فمن دونهم إلى مكة وقال
الشافعي بمصر من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو أهل المواقيت وقال أهل الظاهر من كان
سأكن الحرم وقال الثوري هم أهل مكة فقط وأبو حنيفة يقول إن حاضري المسجد الحرام
لا يقع منهم التمتع وكذلك مالك * وسبب الاختلاف ما يدل عليه اسم حاضري
المسجد الحرام بالقل والاكثرو لذلك لا يشك أن أهل مكة هم من حاضري المسجد الحرام

كما لا يشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع أنه تمتع بتحلله بين النسكين وسقط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثاني الذي هو الحج وهما نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما، أحدهما فسخ الحج في عمرة وهو تحويل النية من الاحرام بالحج الى العمرة فجمهور العلماء بكون ذلك من الصدر الاول وقتباء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال أحمد وداود وكلهم متفقون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه عام حجة بفسخ الحج في العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وأمره لمن لم يسق الهدي من أصحابه أن يفسخ اهلاله في العمرة وبهذا تمسك أهل الظاهر والجمهور وأوذلك من باب الخصوص لا صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روى عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن الحارث ابن بلال بن الحارث المدني عن أبيه قال قلت يا رسول الله افسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا قال لنا خاصة وهذا لم يصح عند أهل الظاهر صحة يعارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر انه قال تمتعان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم انا أنهي عنهما وأعاقب عليهما متمعة النساء ومتمعة الحج وروى عن عثمان انه قال متمعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال أبوذر ما كان لاحد بعدنا أن يحرم بالحج ثم يفسخه في عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله والظاهرية على ان الاصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله أو سنة ثابتة على انه خاص فسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم أو على الخصوص . وأما النوع الثاني من التمتع فهو ما كان يذهب اليه ابن الزبير أن التمتع الذي ذكره الله هو تمتع المحصر بمرض أو عدو وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو أو أمر تعذر به عليه الحج حتى تذهب أيام الحج فيأتي البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم تمتع محله الى العام المقبل ثم يحج ويهدي وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجماعا وشذطا وس أيضاً فقال ان المكي اذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدي واختلف العلماء فيمن أنشأ عمرة في غير أشهر الحج ثم عملها في أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته في الشهر الذي حل فيه فان كان حل في أشهر الحج فهو متمتع وان كان حل في غير أشهر الحج فليس بتمتع وقرئ منه قال أبو حنيفة والشافعي والثوري الا أن الثوري اشترط ان يقع طوافه كله في شوال وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان طاف ثلاثة أشواط في رمضان وأربعة في شوال كان متمتعاً وان كان عكس ذلك لم يكن متمتعاً أعني ان يكون طاف أربعة أشواط في رمضان وثلاثة في شوال

وقال أبو ثور إذا دخل في العمرة في غير أشهر الحج فسواء طاف لها في أشهر الحج وفي غير أشهر الحج لا يكون متمتعاً * وسبب الاختلاف هل يكون متمتعاً بإيقاع إحرام العمرة في أشهر الحج فقط أم بإيقاع الطواف معه ثم إن كان بإيقاع الطواف معه فهل بإيقاعه كله أم أكثره فابو ثور يقول لا يكون متمتعاً إلا بإيقاع الإحرام في أشهر الحج لأن بالإحرام تنعقد العمرة والشافعي يقول الطواف هو أعظم أركانها فوجب أن يكون به متمتعاً فالجمهور على أن من أوقع بعضها في أشهر الحج كن أوقعها كلها وشر وط التمتع عند مالك ستة . أحدها أن يجمع بين العمرة والحج في شهر واحد . والثاني أن يكون ذلك في عام واحد . والثالث أن يفعل شيئاً من العمرة في أشهر الحج . والرابع أن يقدم العمرة على الحج . والخامس أن ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاله منها . والسادس أن يكون وطنه غير مكة فهذه هي صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق .

(القول في القارن)

وأما القارن فهو أن يهل بالنسكين معاً أو يهل بالعمرة في أشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل أن يحل من العمرة واختلف أصحاب مالك في الوقت الذي يكون ذلك له فيه ف قيل ذلك له ما لم يشرع في الطواف ولو شوطاً واحداً أو قيل ما لم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه وقيل لذلك ما بقي عليه شيء من عمل العمرة من طواف أو سعى ما خلا عنهم اتفقوا على أنه إذا أهل بالحج ولم يبق عليه من أفعال العمرة إلا الحلاق فانه ليس بقارن والقارن الذي يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضري المسجد الحرام إلا ابن الماجشون من أصحاب مالك فان القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى . وأما الأفراد فهو ما تعرى من هذه الصفات وهو أن لا يكون متمتعاً ولا قارناً بل أن يهل بالحج فقط وقد اختلف العلماء أي أفضل هل الأفراد أو القارن أو التمتع والسبب في اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان مفرداً وروى أنه تمتع وروى عنه أنه كان قارناً فاختلف مالك الأفراد واعتمد في ذلك على ما روى عن عائشة أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فنامن أهل بعمره ونامن أهل بمحج وعمره وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواد عن عائشة من طرق كثيرة قال أبو عمر بن عبد البر وروى الأفراد عن النبي صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتى

متواترة صحاح وهو قول أبي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان متمتعاً احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عام حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة في التمتع والافراد واعتمد من رأى أنه عليه الصلاة والسلام كان قارناً أحاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادي العقيق: أتاني الليلة أت من ربي فقال أهل في هذا الوادي المبارك وقال عمر في حجة خرجه البخاري وحديث مروان بن الحكم قال: شهدت عثمان وعلياً وعثمان ينهى عن المتعة وإن يجمع بينهما فلما رأى ذلك على أهل بهما ليك بعمرة وحجة وقال ما كنت لأدع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد خرجه البخاري وحديث أنس خرجه البخاري أيضاً قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لييك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهلنا بعمرة ثم قال رسول الله: من كان معه هدى فلهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً واحتجوا فقالوا ومعلوم أنه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى ولا يكون قارناً وحديث مالك أيضاً عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: أنى قلدت هدي ولبدت رأسي فلا أحل حتى أحر هدي وقال أحمد لا أشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارناً والتمتع أحب إلى واحتج في اختياره التمتع بقوله عليه الصلاة والسلام: لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما سقت الهدى ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رأى أن الافراد أفضل أن التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم واذ قلنا في وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شرط وجوبه ومتى يجب وفي أى وقت يجب ومن أى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم بما هو محرم ثم قلنا أيضاً في أنواع هذا النسك يجب أن نقول في أول أفعال الحاج أو المتمر وهو ألا حرام

(القول في الاحرام)

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للاهلال سنة وأنه من أفعال المحرم حتى قال ابن نواران هذا الغسل للاهلال عند مالك أو كد من غسل الجمعة وقال أهل الظاهر هو واجب وقال أبو

حنيفة والثوري يحزى منه الوضوء وحجة أهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسماء بنت عميس أنها ولدت محمد بن أبي بكر بالبيداء فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: مرها فلتغتسل ثم لنهل والا مر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب باسرها لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لا حرامه قبل أن يحرم ولد خوله مكة ولو قوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات اثلاث من أفعال المحرم وانفقوا على أن الاحرام لا يكون الابنية واختلقوا هل تجزى النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعي تجزى النية من غير التلبية وقال أبو حنيفة التلبية في الحج كالتكبير في الاحرام بالصلاة الا انه يحزى عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يحزى عنده في افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم واتفق العلماء على أن لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ليك اللهم ليك لا شريك لك ليك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وهي من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصبح سندا واختلقوا في دل هي واجبة بهذا اللفظ أم لا فقال أهل الظاهر هي واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وانما اختلقوا في الزيادة عليه أو في تبديله وأوجب أهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أمانى جبريل فأمرني أن أمر أصحابي ومن معي أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية وبالا هلال وأجمع أهل العلم على أن تلبية المرأة فيما حكاه أبو عمر هو أن تسدع نفسها بالقول وقال مالك لا يرفع المحرم صوته في مساجد الجماعة بل يكفيه أن يسمع من يليه الا في المسجد الحرام ومسجد منى فإنه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الاطلاق على شرف من الارض وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبع حلو قهم وكان مالك لا يرى التلبية من أركان الحج ويرى على ناركها دما وكان غيره يراها من أركانه وحجة من رآها واجبة أن أفعاله صلى الله عليه وسلم: اذا أتت بيانا لواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم وبهذا يحتج من أوجب انظره فيها فقط ومن لم تر وجوب لفظه فاعتمد في ذلك على ما روى من حديث جابر قال أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر التلبية التي في حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزيدون على ذلك ليك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيئا وما روى عن ابن عمر انه كان يزيد في التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره واستحب العلماء أن يكون ابتداء المحرم بالتلبية

بأن صلاة بصلها فكان مالك يستحب ذلك بأثرنا فلهذا روي من مرسله عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين فإذا استوت به راحلته أهل واختلفت الآثار في الموضع الذي أحرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من أقطار ذي الحليفة فقال قوم من مسجد ذي الحليفة بعد أن صلى فيه وقال آخرون إنما أحرم حين أطل على البيداء وقال قوم إنما أهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلافهم في ذلك فقال كل حدث لا عن أول اهلاله عليه الصلاة والسلام بل عن أول اهلال سمعه وذلك ان الناس يأتون متسايقين فعلى هذا لا يكون في هذا اختلاف ويكون الا هلال إثر الصلاة وأجمع فقهاء الامصار على ان المكي لا يلزمه الا هلال حتى اذا خرج الى منى ليتصل له عمل الحج وعمدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج انه قال لعبد الله بن عمر رأيتك تفعل هنا رأيتك أرا أحد يفعلها فذكر منها ورأيتك اذا كنت بمكة أهل الناس اذا رأوا الهلال ولم تهمل أنت الى يوم التروية فاجابه ابن عمر اما الا هلال فاني لم أرا رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك ان عمر بن الخطاب كان يأمر أهل بمكة أن يهلوا اذا رأوا الهلال ولا خلاف عندهم ان المكي لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجا واما اذا كان معتمرا فأنهم أجمعوا على انه يلزمه أن يخرج الى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج أعني لانه يخرج الى عرفة وهو حل وبالجملة فاتفقوا على انها سنة المعتمر واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يحزبه وعاليه دم وبه قال أبو حنيفة وابن القاسم وقال آخرون لا يحزبه وهو قول الثوري وأشهب . وأما من يقطع الحرم التلبية فأنهم اختلفوا في ذلك فروى مالك ان علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يقطع التلبية اذا راغت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الامر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الأئمة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال أبو عمر ابن عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الامصار وأهل الحديث أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن أبي ليلى وأبو عبيد والطبري والحسن بن حي ان الحرم لا يقطع التلبية حتى يرمى جمرة العقبة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى يرمى جمرة العقبة الا أنهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذا رماها بأسرها لما روى عن ابن عباس ان الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لم يلبي حتى يرمى جمرة العقبة وقطع التلبية في آخر حصاة وقال قوم بل يقطعها في

أول جرة يلقبها روى ذلك عن ابن مسعود وروى في وقت قطع التلبية أقاويل غير هذه إلا أن هذين القولين هما المشهوران واختلفوا في وقت قطع التلبية بالعمرة فقال مالك يقطع التلبية إذا انتهى إلى الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي إذا افتتح الطواف وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعي أن التلبية معناها اجابة إلى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع في العمل * وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على ادخال الحرم الحج على العمرة ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال أبو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا ندخل صلاة على صلاة فهذه هي أفعال الحرم بما هو محرم وهو أول أفعال الحج وأما الفعل الذي بعده هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلتقل في الطواف

﴿ القول في الطواف بالبيت ﴾

﴿ والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب أو الندب وفي أفعاده ﴾

* (القول في الصفة) *

والجمهور مجمعون على أن صفة كل طواف واجباً كان أو غير واجب أن يبتدى من الحجر الأسود فإن استطاع أن يقبله قبله أو يلمسه بيده أو يقبلها أن أمكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضي على يمينه فيطوف سبعة أشواط يرمل في الثلاثة الأشواط الأول ثم يمضي في الأربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج والمعتمر دون الممتع وأنه لا رمل على النساء ويستلم الركن اليماني وهو الذي على قطر الركن الأسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الأشواط الأول للقادم هل هو سنة أو فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأحمد وأبو ثور واختلف قول مالك في ذلك وأصحابه والفرق بين القولين أن من جعله سنة أوجب في تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئاً واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وإن ذلك سنة فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة أن قر يشأ من الحديدية قالوا إن به وأصحابه هزالاً وقعدوا على قميعان ينظرون إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه قبل ذلك

النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا يحبا به ارملوا أر وهم ان بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود من اليماني فاذا نوارى مشى وحجة الجهور حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى أر بماً وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على أبي الطفيل عن ابن عباس فروى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى وعلى أصول الظاهرية يجب الرمل لقوله خذوا عني مناسككم وهو قولهم أو قول بعضهم الآن فيما أظن وأجمعوا على أنه لا رمل على من أحرم بالحج من مكة من غير أهلها وهم المقتعون لانهم قد رملوا في حين دخولهم حين طافوا للقُدوم واختلفوا في أهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل أم لا فقال الشافعي كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعي فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رملاً اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك * وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلّة أو لغير علة وهل هو مختص بالمسافر ام لا وذلك أنه كان عليه الصلاة والسلام حين رمل وارد أعلى مكة واتفقوا على أن من سنة الطواف استلام الركنين الاسود واليماني للرجال دون النساء واختلفوا هل تستلم الاركان كلها أم لا فذهب الجمهور الى أنه انما يستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا الركنين فقط واحتج من رأى استلام جميعها بما روى عن جابر قال كنا نرى اذا طفنا أن نستلم الاركان كلها وكان بعض السلف لا يحب أن يستلم الركنين الا في الوزن من الاشواط وكذلك أجمعوا على أن تنبيل الحجر الاسود: خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الدخول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذي رواه مالك أنه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما أنت حجر ولولا أني رأيت رسول الله قبلك ما قبلتك ثم قبله وأجمعوا على أن من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على أنه يأتي بها الطائف عند انقضاء كل أسبوع ان طاف أكثر من أسبوع واحد وأجاز بعض السلف أن لا يفرق بين الاسابيع وأن لا يفصل بينها بركوع ثم بركع لكل أسبوع ركعتين وهو مروي عن عائشة أنها كانت لا تفرق بين ثلاثة الاسابيع ثم تركعت ست ركعات وحجة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين وقال: خذوا عني مناسككم وحجة من أجاز الجمع انه قال المقصود انما هو ركعتان لكل أسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المستونتان بعده فجاز الجمع بين أكثر من

ركعتين لا أكثر من أسبوعين وإنما استحب من يرى أن يفرق بين ثلاثة الأسابيع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم : انصرف الى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف أسبوع غير وتر ثم عاد اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه .

﴿ القول في شروطه ﴾

وأما شروطه فإن منها أحد موضعه وجمهور العلماء على أن الحجر من البيت وإن من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر فيه وأنه شرط في صحة طواف الاقضية وقال أبو حنيفة وأصحابه هو سنة ووجه الجمهور ما رواه مالك عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرتها على قواعد إبراهيم فانهم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب وهو قول ابن عباس وكان يحتاج بقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر ووجه أبي حنيفة ظاهر الآية . وأما وقت جوازه فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال ، أحدها إجازة الطواف بعد الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبي سعيد الخدري وبه قال مالك وأصحابه وجماعة ، والقول الثاني كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة ، والقول الثالث إباحة ذلك في هذه الاوقات كلها وبه قال الشافعي وجماعة وأصول ادلهم راجعة الى منع الصلاة في هذه الاوقات أو إباحتها . أما وقت الطلوع والغروب فلا تأثر متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة في ذلك الخلاف ومما احتج به الشافعية حديث جبير بن مطعم أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : يا بني عبد مناف أو يا بني عبد المطلب إن وليتم من هذا الأمر شيئاً فلا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت أن يصلي فيه أي ساعة شاء من ليل أو نهار رواه الشافعي وغيره عن ابن عينة بسنده الى جبير بن مطعم واختلفوا في جواز الطواف بغير طهارة مع إجماعهم على أن من سنته الطهارة فقال مالك والشافعي لا يجزئ طواف بغير طهارة لا عمداً ولا سهواً وقال أبو حنيفة يجزئ ويستحب له الاعادة وعليه دم وقال أبو ثور إذا طاف على غير وضوء أجزأه طوافه إن كان لا يعلم ولا يجزئه إن كان يعلم والشافعي يشترط طهارة توب الطائف كاشتراط ذلك للمصلي وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهي أسماء بنت عميس : اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت وهو حديث

صحيح وقد يحتجون أيضاً بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله أحل فيه النطق فلا ينطق إلا بخير وعمدة من أجاز الطواف بغير طهارة أجماع العلماء على جواز السعي بين الصفا والمروة من غير طهارة وأنه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث أصله الصوم .

(القول في أعداده وأحكامه)

وأما أعداده فإن العلماء اجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع، طواف القدوم على مكة، وطواف الاقضية بعد رمي جمر العقبة يوم النحر، وطواف الوداع و اجمعوا على أن الواجب منها الذي أدى يفوت الحج فواته هو طواف الاقضية وأنه المعنى بقوله تعالى « ثم ليقضوا شهتهم وليوفوا انذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق » وأنه لا يجزى عنه دم وجمهورهم على أنه لا يجزى طواف القدوم على مكة عن طواف الاقضية إذا نسي طواف الاقضية لكونه قبل يوم النحر وقالت طائفة من أصحاب مالك أن طواف القدوم يجزى عن طواف الاقضية كأنهم رأوا أن الواجب إنما هو طواف واحد وجمهور العلماء على أن طواف الوداع يجزى عن طواف الاقضية أن لم يكن طاف طواف الاقضية لأنه طواف بالبيت معمول في وقت طواف الوجوب الذي هو طواف الاقضية بخلاف طواف القدوم الذي هو قبل وقت طواف الاقضية وأجمعوا فيها حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج إلا لخائف فوات الحج فإنه يجزى عنه طواف الاقضية واستحب جماعة من العلماء لمن عرض له هذا أن يرمل في الاشواط الثلاثة من طواف الاقضية على سنة طواف القدوم من الرمل وأجمعوا على أن المكى ليس عليه الا طواف الاقضية كما أجمعوا على أنه ليس على المعقر الا طواف القدوم وأجمعوا أن من تمتع بالعمرة إلى الحج أن عليه طوافين، طوافاً للعمرة لخلعه منها، وطوافاً للحج يوم النحر على ما في حديث عائشة المشهور . وأما المقر للحج فليس عليه الا طواف واحد كما قلنا يوم النحر واختلفوا في القارن فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور يجزى القارن طواف واحد وسعى واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى على القارن طوافان وسعيان ورواها عن علي وابن مسعود لانهما نسكان من شرط كل واحد منهما إذا انفرد طوافه وسعيه فوجب أن يكون الأمر كذلك إذا اجتمعا فهذا هو القول في وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه

وعده ووقته وصفته والذي يتلو هذا الفعل من أفعال الحج أعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للإحرام فلنقتل فيه .

(القول في السعى بين الصفا والمروة)

﴿ والقول في السعى في حكمه وفي صفته وفي شروطه وفي ترتيبه ﴾

(القول في حكمه)

أما حكمه فقال مالك والشافعي هو واجب وإن لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد وإسحاق وقال الكوفيون هو سنة وإذا رجع إلى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولا شيء على تاركه فعمدة من أوجب به ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول اسمعوا فإن الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعي عن عبد الله ابن المؤمل وايضاً فإن الأصل أن أفعاله عليه الصلاة والسلام في هذه العبادة محمولة على الوجوب إلا ما أخرجه الدليل من سماع أو إجماع أو قياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجب قوله تعالى « أن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما » قالوا إن معناه أن لا يطوف وهي قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه « بين الله لكم أن تضلوا » معناه أي لا تضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وإنما نزلت في الانصار تخرجوا أن يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه في الجاهلية لأنه كان موضع ذبائح المشركين وقد قيل إنهم كانوا لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيماً لبعض الأصنام فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم وإنما صار الجمهور إلى أنها من أفعال الحج لأنها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار أعنى وصل السعى بالطواف .

(القول في صفته)

وأما صفته فإن جمهور العلماء على أن من سنة السعى بين الصفا والمروة أن ينحدر الراقى على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشي على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيسير مل فيه حتى يقطع إلى ما يلي المروة فإذا قطع ذلك وجاوز مشى على سجيته حتى يأتي المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحواً مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وإن وقف أسفل المروة أجزأه

عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشي على سجيته حتى ينتهي الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى الجانب الذي يلي الصفا فيعمل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فان بدأ بالمروة قبل الصفا لغي ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: نبدأ بما بدأ الله به يبدأ بالصفا فيدقوله تعالى «إن الصفا والمروة من شعائر الله» وقال عطاء: ان جهل فبدأ بالمروة أجزأ عنه وأجمعوا على انه ليس في وقت السعي قول محدود فانه موضع دعاء وثبت من حيث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا: يكبر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك .

* (القول في شروطه) *

وأما شروطه فانهم اتفقوا على ان من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة: افعل كل ما يفعله الحاج غير أن لا تطوف بالبيت ولا تسعى بين الصفا والمروة انفراد بهذا الزيادة يحكي عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف

* (القول في ترتيبه) *

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على ان السعي انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل ان يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى اصاب النساء في العمرة او في الحج كان عليه حج قابل والهدى او عمرة أخرى وقال الثوري ان فعل ذلك فلا شيء عليه وقال ابو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه ان يعود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعي وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه .

(الخروج الى عرفة)

وأما الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة وانفقوا على أن الامام يصلي بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الا أنهم أجمعوا على ان هذا الفعل ليس شرطاً في صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها .

﴿ الوقوف بعرفة ﴾

والقول في هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي شروطه . أما حكم الوقوف بعرفة فانهم اجمعوا على انه ركن من اركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدى في قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام: الحج عرفة : وأما صفته فهو ان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في اول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانما اتفقوا على هذا لان هذه الصفة هي مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم ان اقامة الحج هي للسلطان الاعظم او لمن يقيه السلطان الاعظم لذلك وانه يصلي وراءه برأ كان السلطان أو فاجراً أو مبتدعاً وان السنة في ذلك ان يأتي المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر واختلفوا في وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضي صدر أمن خطبته او بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال الشافعي يؤذن اذا اخذ الامام في الخطبة الثانية وقال أبو حنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالأذان فاذا كان في الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطب ثم ينزل ويقيم المؤذن الصلاة و به قال أبو ثور تشبيهاً بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له وأتى بطن الوادي فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئاً ثم راح الى الموقف واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين بأذنين واقامتين أو بأذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذنين واقامتين وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة يجمع بينهما بأذان واحد واقامتين و روى عن مالك مثل قولهم و روى عن احمد انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعي حديث جابر الطويل في صفة حجه عليه الصلاة والسلام وفيه انه : صلى الظهر والعصر بأذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروي عن ابن مسعود وحجته ان الاصل هو ان تفرد كل صلاة بأذان واقامة ولا خلاف بين العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة وكذلك أجمعوا ان القراءة في هذه الصلاة سر وانها مقصورة اذا كان الامام مسافراً واختلفوا اذا كان الامام مكياً هل يقصر بمعنى الصلاة يوم التروية و بعرفة يوم عرفة بالمزدلفة ليلة النحر ان كان من أحد هذه المواضع فقال مالك والا و زاعى

وجماعة سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من أهلها أو لم يكن وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وداود لا يجوز أن يقصر من كان من أهل تلك المواضع وحجة مالك أنه لم ير وأن أحداً أتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم أعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثاني البقاء على الأصل المعروف أن القصر لا يجوز إلا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء في وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لا تجب الجمعة بعرفة ولا بمنى أيام الحج لا لاهل مكة ولا لغيرهم إلا أن يكون الإمام من أهل عرفة وقال الشافعي مثل ذلك إلا أنه يشترط في وجوب الجمعة أن يكون هنالك من أهل عرفة أر بعون رجلا على مذهبه في اشتراط هذا العدد في الجمعة وقال أبو حنيفة إذا كان أمير الحج ممن لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة إذا صادفها وقال أحمد إذا كان والى مكة يجمع وبه قال أبو ثور.

﴿ وأما شرطه ﴾ فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك أنه لم يختلف العلماء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعياً إلى الله تعالى ووقف معه كل من حضر إلى غروب الشمس وأنه لما استيقن غروبها وبأن له ذلك دفع منها إلى المزدلفة ولا خلاف بينهم أن هذا هو سنة الوقوف بعرفة وأجمعوا على أن من وقف بعرفة قبل الزوال وأفاض منها قبل الزوال أنه لا يعتد بوقوفه ذلك وأنه إن لم يرجع فيقف بعد الزوال أو يقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج وروى عن عبد الله بن معمر الدبلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الحج عرفات فمن أدرك عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة إلا أنه يجمع عليه واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل إلا أن يدفع قبل الفجر وإن دفع منها قبل الإمام وبعد الغيبة أجزأه وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو أن يقف ليلاً وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وإن دفع قبل الغروب إلا أنهم اختلفوا في وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضرس وهو حديث يجمع على صحته قال أنيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له هل لي من حج فقال: من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى تفيض أو أفاض قبل ذلك من عرفات ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه وقضى نفسه وأجمعوا على أن المراد بقوله في هذا الحديث نهاراً أنه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور أن يقولوا إن وقوفه بعرفة إلى المغيب قد نبأ حديث عروة بن مضرس أنه على جهة

الأفضل إذا كان مخيراً بين ذلك وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق أنه قال: عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف إلا بطن محسرومني كلها موقف وحجاج مكة منجروهم بيت واختلف العلماء في من وقف من عرفة بعرفة قليل حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي لا حج له وعمدة من أبطل الحج النهي الوارد عن ذلك في الحديث وعمدة من لم يبطله أن الأصل أن الوقوف بكل عرفة جائز إلا ما قام عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الأصل فهذا هو القول في السنن التي في يوم عرفة . وأما الفعل الذي يلي الوقوف بعرفة من أفعال الحج فهو النهوض إلى المزدلفة بعد غيبة الشمس وما يفعل بها فلتقل فيه .

* (القول في أفعال المزدلفة) *

والقول الجلي أيضاً في هذا الموضع ينحصر في . معرفة حكمه . وفي صفته . وفي وقته . فأما كون هذا الفعل من أركان الحج فلا صل فيه قوله سبحانه (فأذكروا الله عند المشعر الحرام وإذا كروه كما هذاكم) واجمعوا على أن من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الإمام ووقف بعد صلاة الصبح إلى الأسفار بعد الوقوف بعرفة أن حجه تام وذلك أنها الصفة التي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن الحج أو من فروضه فقال الأوزاعي وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى وفقهاء الأمصار يرون أنه ليس من فروض الحج وإن من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعي أن دفع منها إلى بعد نصف الليل الأول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما صح عنه أنه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهل ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الأول قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عروة ابن المضرس وهو حديث متفق على صحته . من أدرك معناه هذه الصلاة يعني صلاة الصبح بجمع وكان قد أتى قبل ذلك عرفات ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تقته وقوله تعالى «فإذا أفضتم من عرفات فأذكروا الله عند المشعر الحرام وإذا كروه كما هذاكم» ومن حجة الفريق الأول أن المسلمين قد أجمعوا على ترك الأخذ بجميع ما في هذا الحديث وذلك أن أكثرهم على أن من وقف بالمزدلفة ليلاً ودفع منها إلى قبل الصبح أن حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك أجمعوا على أنه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله أن حجه تام وفي ذلك أيضاً ما يضعف

احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجمع هما اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كأقلنا أن يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء في أول وقت العشاء ويغسلوا بالصباح فيها

﴿ القول في رمي الجمار ﴾

وأما الفعل الذي بعده هذا فهو رمي الجمار وذلك أن المسلمين اتفقوا على أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشرع الحرام وهي المزدلفة بعد ما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس إلى منى وأنه في هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون أن من رماها في هذا اليوم في ذلك الوقت أعني بعد طلوع الشمس إلى زوالها فقد رماها في وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها واختلفوا في رمي جمرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لاحد أن يرمي قبل طلوع النحر ولا يجوز ذلك فإن رماها قبل الفجر أعادها وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد وقال الشافعي لا بأس به وإن كان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعلة صلى الله عليه وسلم مع قوله : خذوا عني مناسككم وما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله وقال : لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث أم سلمة خرج به أبو داود وغيره وهو أن عائشة قالت : أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ومضت فأفاضت وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث أسماء أنها رمت الجمرة بليل وقالت أنا كنا نصنعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمع العلماء أن الوقت المستحب لرمي جمرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس إلى وقت الزوال وأنه إن رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شيء عليه إلا ما لكافاه قال أستحب له أن يريق دما واختلفوا في رميها حتى غابت الشمس فرماها من الليل أو من الغد فقال مالك عليه دم وقال أبو حنيفة إن رمي من الليل فلا شيء عليه وإن أخرها إلى الغد فعليه دم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه إن أخرها إلى الليل أو إلى الغد وحجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لرعاة الإبل في مثل ذلك أعني أن يرموا ليلا وفي حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يا رسول الله رميت بعدما أمسيت قال له : لا حرج وعمدة مالك أن ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هر السنة ومن

خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ما روى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة إنما ذلك إذا مضى يوم النحر ورموا جمرَةَ العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول أيام النحر فخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرموا في ذلك اليوم له ولليوم الذي بعده فإن نحرُوا فقد فرغوا وإن أقاموا إلى الغد رموا مع الناس يوم النحر الأخير ونحرُوا ومعنى الرخصة للرعاة عتد جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد إلا أن مالكاً إنما يجمع عنده ما وجب مثل أن يجمع في الثالث فيرمي عن الثاني والثالث لأنه لا يقضى عنده إلا ما وجب وخصص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذي أضيف إلى غيره أو تأخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى في حَجَّتِهِ الجمرَةَ يوم النحر ثم نحر بدنة ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الأفاضة وأجمع العلماء على أن هذا سنة الحج واختلفوا فيمن قدم من هذه ما أخره النبي عليه الصلاة والسلام أو بالعكس فقال مالك من حلق قبل أن يرمي جمرَةَ العقبة فعليه القدية وقال الشافعي وأحمد ودأود وأبو ثور لا شيء عليه وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمر أنه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسألونه فجاءه رجل فقال يا رسول الله لم أشعر فحَلَقْتُ قبل أن أنحر فقال عليه الصلاة والسلام: انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يا رسول الله لم أشعر فتَحَرْتُ قبل أن أرمي فقال عليه الصلاة والسلام: ارم ولا حرج قال فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شيء قدم أو أخر إلا قال افعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة بالقدية فكيف من غير ضرورة مع أن الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمي الجار وعند مالك أن من حلق قبل أن يذبح فلا شيء عليه وكذلك أن ذبح قبل أن يرمي وقال أبو حنيفة أن حلق قبل أن ينحر أو يرمي فعليه دم وإن كان قارناً فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء، دم للقران، ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمي وأجمعوا على أن من نحر قبل أن يرمي فلا شيء عليه لأنه منصوص عليه إلا ما روى عن ابن عباس أنه كان يقول من قدم من حجه شيئاً أو أخره فليهرق دماً وأنه من قدم الأفاضة قبل الرمي والحلق أنه يلزمه إعادة الطواف وقال الشافعي ومن تابعه لا إعادة عليه وقال الأوزاعي إذا طاف للأفاضة قبل أن يرمي جمرَةَ العقبة ثم واقع أهله أراق دماً واتفقوا على أن جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جمرَةُ العقبة بسبع وإن رمى هذه الجمرَةَ من حيث يتسرع من العقبة من أسفلها أو من أعلاها أو من

وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادي لما جاء في حديث ابن مسعود انه استبطن الوادي ثم قال من هاهنا والذي لا اله غيره أيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة يرمى وأجمعوا على انه بعيد الرمي اذا لم تقع الحصاة في العقبة وانه يرمى في كل يوم من أيام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة منها بسبع وانه يجوز أن يرمى منها يومين وينفر في الثالث لقوله تعالى «فمن تعجل في يومين فلاثم عليه» وقدرها عندهم أن يكون في مثل حصي الخذف لما روى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبي عليه الصلاة والسلام: رمى الجمار بمثل حصي الخذف والسنة عندهم في رمي الجمرات كل يوم من أيام التشريق أن يرمى الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرمى الثالثة ولا يقف لما روى في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان: يفعل ذلك في رميه والتكبير عندهم عند رمي كل جمرة حسن لانه يروى عنه عليه الصلاة والسلام وأجمعوا على أن من سنة رمي الجمار الثلاث في أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال واختلفوا اذا رماها قبل الزوال في أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال أعاد رميها بعد الزوال وروى عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال رمى الجمار من طلوع الشمس الى غروبها وأجمعوا على ان من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لا يرميها بعد واختلفوا في الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رمي الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعداً كان عليه كل جمرة اطعام مسكين نصف صاع حنطة الى أن يبلغ دماً بترك الجميع الا جمرة العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه في الحصاة مد من طعام وفي حصاتين مدان وفي ثلاث دم وقال الثوري مثله إلا انه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئاً والحجة لهم حديث سعد بن أبي وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعجب بعضنا على بعض وقال أهل الظاهر لا شيء في ذلك والجمهور على ان جمرة العقبة ليست من أركان الحج وقال عبد الملك من أصحاب مالك هي من أركان الحج فهذه هي جملة أفعال الحج من حين الإحرام الى أن يحل والتحلل تحللان تحلل أكبر وهو طواف الاقضية وتحلل أصغر وهو رمي جمرة العقبة وستذكر ما في هذا من الاختلاف .

(القول في الجنس الثالث)

وهو الذي يتضمن القول في الاحكام وقد نفى القول في حكم الاختلالات التي تقع في الحج وأعظمها في حكم من شرع في الحج فمنعه بمرض أو بعدو أو فاته وقت الفعل الذي هو شرط في صحة الحج أو أفسد حججه باتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج أو للافعال التي هي تروك أو أفعال فلنبتدى من هذه بما هو نص في الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الخالق رأسه قبل محل الحلق والقائه التفث قبل أن يحل وقد يدخل في هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على القول بان وجوب الهدى في هذه هو لمكان الرخصة .

(القول في الاحصار)

وأما الاحصار فالأصل فيه قوله سبحانه (فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) الى قوله « فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى » فنقول اختلف العلماء في هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب في اختلافهم في حكم المحصر بمرض أو بعدو فأول اختلافهم في هذه الآية هل المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو أو المحصر بالمرض فقال قوم المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو وقال آخرون بل المحصر هاهنا هو المحصر بالمرض . فأما من قال ان المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله تعالى بعد ذلك « فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه » قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا أيضا بقوله سبحانه « فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج » وهذه حجة ظاهرة ومن قال ان الآية إنما وردت في المحصر بالمرض فانه زعم ان المحصر هو من أحصر ولا يقال احصر في العدو وإنما يقال حصره العدو وأحصره المرض قالوا وإنما ذكر المرض بعد ذلك لان المرض ، صنفان صنف محصر ، وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فإذا أمنتم معناه من المرض وأما القرين الاول فقالوا عكس هذا وهو ان افعل أبداً أو فعل في الشيء الواحد إنما يأتي لمعنيين اما فعل فإذا أوقع بغيره فعلا من الافعال وأما افعل فإذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله اذا فعل به فعل القتل واقتله اذا عرضه للقتل واذا كان هذا هكذا فاحصر أحق بالعدو وحصر أحق بالمرض لان العدو وإنما عرضه للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الامر الا في ارتفاع الخوف من العدو وان قيل في المرض فباستعارة ولا يصار الى الاستعارة الا لامر

بوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المر بضع بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر غير
المر بضع وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني مذهب مالك وأبي حنيفة وقال قوم بل
المحصر هاهنا الممنوع من الحج باى نوع امتنع اما بمرض أو بعد أو بخطأ في العدد أو بغير
ذلك وجمهور العلماء على ان المحصر عن الحج ضرر بان إما محصر بمرض وإما محصر بعدوه . فاما
المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته أو حجه حيث أحصر وقال الثوري
والحسن بن صالح لا يتحلل الا في يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث أحصر اختلفوا في
إيجاب الهدى عليه وفي موضع نحره اذا قيل بوجوبه وفي إعادة ما حصر عنه من حج أو عمرة
فذهب مالك الى انه لا يجب عليه هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب
الشافعي الى إيجاب الهدى عليه و به قال أشهب واشترط أبو حنيفة ذبحه في الحرم وقال
الشافعي حيثما حل . وأما الاعادة فان مالكا يرى ألاعادة عليه وقال قوم عليه الاعادة
وذهب أبو حنيفة الى انه ان كان أحرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج
وعمرتان وان كان معتمرا قضى عمرته وليس عليه عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير
واختار أبو يوسف تقصيره وعمدة مالك في أن لا اعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
: حل هو وأصحابه بالحديبية فنحر والهدى وحلقوا رؤسهم وحلوا من كل شئ قبل أن يطوفوا
بالبيت وقبل أن يصل اليه الهدى ثم لم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أحد أمن
الصحابة ولا ممن كان معه أن يقضى شيئاً ولا أن يعود لشيء وعمدة من أوجب عليه الاعادة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعتمر في العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة
ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجماعهم أيضاً على ان المحصر بمرض أو ما أشبهه عليه القضاء
* فسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو لم يقض وهل ثبت القضاء
بالقياس أم لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بأمرتان غير أمر الاداء . وأما من
أوجب عليه الهدى فبناء على ان الآية وردت في المحصر بالعدو وعلى انها عامة لان الهدى
فيها نص وقد احتج هؤلاء بنحر النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الهدى عام الحديبية حين
أحصر وا . وأجاب الفريق الآخر أن ذلك الهدى لم يكن هدى تحلل وانما كان هدياسيق
ابتداء وحجة هؤلاء ان الاصل هو أن لا هدى عليه الا أن يقوم الدليل عليه . وأما اختلافهم في
مكان الهدى عند من أوجبه والاصل فيه اختلافهم في موضع نحر رسول الله صلى الله عليه
وسلم هديه عام الحديبية فقال ابن اسحاق نحره في الحرم وقال غيره انما نحره في الحل واحتج

بقوله تعالى «هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفاً أن يبلغ محله» وإنما ذهب أبو حنيفة إلى أن من أحصر عن الحج أن عليه حجاً وعمره لأن المحصر قد فسخ الحج في عمرته ولم يتم واحد منهما فهذا هو حكم المحصر بعد وعند الفقهاء وأما المحصر بمرض فإن مذهب الشافعي وأهل الحجاز أنه لا يحل له إلا الطواف بالبيت والسعي ما بين الصفا والمروة وأنه بالجملة يتحلل بعمره لأنه إذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمره وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك أهل العراق فمألوأ يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعد وأعتى أن يرسل هديه ويتمدر يوم نحره ويحل في اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمر والانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى و باجماعهم على أن المحصر بعد وليس من شرط إحلاله الطواف بالبيت والجهور على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال أبو ثور وداود لا هدى عليه اعتماداً على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى أن الآية الواردة في المحصر هو حصر العدو وأجمعوا على إيجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد في الأيام أو بخفاء الهلال عليه أو غير ذلك من الأعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال أبو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحل بعمره ولا هدى عليه وعليه إعادة الحج والمكي المحصر بمرض عند مالك كغير المكي يحل بعمره وعليه الهدى وإعادة الحج وقال الزهري لا بد أن يتف بعمره وأن نعش نعشاً وأصل مذهب مالك أن المحصر بمرض أن يقي على إحرامه إلى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه فإن تحل بعمره فعليه هدى المحصر لأنه حلق رأسه قبل أن ينحر في حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه «فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج أنه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتقد على ظاهر الآية أن عليه هدين، هدياً للحلق عند التحلل قبل نحره في حجة القضاء، وهدياً ليمتعه بالعمرة إلى الحج وأن حل في أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث وهو هدى التمتع الذي هو أحد أنواع نسك الحج . وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر إنما عليه هدى واحد وكان يقول إن الهدى الذي في قوله سبحانه «فان أحصرتم فما استيسر من الهدى» هو بعينه الهدى الذي في قوله فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى وفيه بعد في التأويل والظاهر أن قوله سبحانه فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج أنه في غير المحصر بل هو في التمتع الحقيقي فكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعتم بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ويدل على هذا التأويل

قوله سبحانه «ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام» والمحصر يستوى فيه حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع وقد قلنا في أحكام المحصر الذي نص الله عليه فلنقل في أحكام القاتل للصيد

* (القول في أحكام جزاء الصيد) *

فنعول ان المسلمين أجمعوا على أن قوله «يأبىها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم بحكم به ذوا عدل منكم هدي بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما» هي آية محكمة . واختلفوا في تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه فمنها أنهم اختلفوا هل الواجب في قتل الصيد قيمته أو مثله فذهب الجمهور إلى أن الواجب المثل وذهب أبو حنيفة إلى أنه مخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين أن يشتري بها المثل ومنها أنهم اختلفوا في استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم أن من قتل نعامة فعليه بدنة تشبها بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه أنسية فقال مالك يستأنف في كل ما وقع من ذلك الحكم به . وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي أن اجزاء أحكام الصحابة مما أحكموا فيه جاز ومنها هل الآية على التخيير أو على الترتيب فقال مالك هي على التخيير . وبه قال أبو حنيفة يريد أن الحكمين بخيران الذي عليه الجزاء وقال زفر بن علي الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد أو المثل إذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب فيشتري بقيمته طعاما فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي يقوم المثل ولم يختلفوا في تغدير الصيام بالطعام بالجملة وإن كانوا اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم لكل مديوما وهو الذي يطعم عندهم كل مسكين . وبه قال الشافعي وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم لكل مدين يوما وهو القدر الذي يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا في قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء أم لا فالجمهور على أن فيه الجزاء وقال أهل الظاهر لا جزاء عليه . واختلفوا في الجماعة بشر كون في قتل الصيد فقال مالك إذا قتل جماعة محرمون صيد أفعلى كل واحد منهم جزاء كامل . وبه قال الثوري وجماعة وقال الشافعي عليهم جزاء واحد وفرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلون في الحرم فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد واختلفوا هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك إلى أنه لا يجوز وقال الشافعي يجوز واختلف أصحاب أبي حنيفة على

القولين جميعاً ، واختلفوا في موضع الاطعام فقال مالك في الموضع الذي أصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والافني أقرب الموضع الى ذلك الموضع وقال أبو حنيفة حيث ما أطمع وقال الشافعي لا يطعم الا مساكين مكة وأجمع العلماء على أن المحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء للنص في ذلك واختلفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال داود وأصحابه لا جزاء عليه ولم يختلف المسلمون في تحريم قتل الصيد في الحرم وانما اختلفوا في الكفارة وذلك لقوله سبحانه « أو لم ير وأنجعلنا حرماً آمناً » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله حرم مكة يوم خلق السموات وجمهور فقهاء الامصار على أن المحرم اذا قتل الصيد واكلاه انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هي مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية . وأما الاسباب التي دعيتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها (فنقول) أما من اشترط في وجوب الجزاء أن يكون القتل عمداً فحجته أن اشترط ذلك نص في الآية وأيضاً فإن العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب ما . وأما من أوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة له الا أن يشبه الجزاء عند اطلاق الصيد باتلاف الاموال فان الاموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسياناً لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء فقد أجاب بعضهم عن هذا أي العمد انما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه في قوله « ذلك ليدوق وبال أمره » وذلك لا معنى له لان الوبال المدقوق هو في الغرامة فسواء قتله مخطئاً أو متعمداً فقد ذاق الوبال ولا خلاف أن الناسي غير معاقب وأكثر ما تلزم هذه الحجة لمن كان من أصله أن الكفارات لا تثبت بالقياس فانه لا دليل لمن أثبتها على الناسي الا القياس * وأما اختلافهم في المثل هل هو الشبيه أو المثل في القيمة فان سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذي هو مثل وعلى الذي هو مثل في القيمة لكن حجة من رأى أن الشبيه أقوى من جهة دلالة اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على الشبيه في لسان العرب أظهر وأشهر منه على المثل في القيمة لكن لمن حمل هاهنا المثل على القيمة دلالة حركته الى اعتقاد ذلك ، أحدها أن المثل الذي هو المعدل هو منصوص عليه في الاطعام والصيام وأيضاً فإن المثل اذا حمل هاهنا على التعديل كان عاماً في جميع الصيد فان من الصيد ما لا يلحقه شبيهه وأيضاً فإن المثل فيما لا يوجد له شبيهه هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد في الحقيقة شبيهه الا من جنسه وقد نص ان المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب أن يكون مثلاً في التعديل والقيمة وأيضاً فان الحكم في الشبيه قد فرغ منه فاما الحكم بالتعديل

فهو شئ * يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الى الحكمين المنصوص
عليهما وعلى هذا يأتي التقدير في الآية بمشابه فكانه قال ومن قتله منكم متعمداً فعليه قيمة
ما قتل من النعم أو عدل اقيمة طعاماً أو عدل ذلك صيناماً . وأما اختلافهم هل المتدبر هو الصيد أو
مثله من النعم اذا قدر بالطعام فمن قال المتدبر هو الصيد قال لانه الذي لم يوجد مثله رجع الى
تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم قال لان الشئ * انما تقدر قيمته اذا عدم
بتقدير مثله أعنى شبيهه وأما من قال ان الآية على التخيير فانه التفات الى حرف أو اذا كان
مقتضاه في لسان العرب التخيير . وأما من نظر الى ترتيب الكفارات في ذلك فشبها
بالكفارات التي فيها الترتيب باتفاق وهي كفارة الظهار والقتل . وأما اختلافهم في هل يستأنف
الحكم فيه من الصحابة * فليسبب في اختلافهم دو هل الحكم شرعي غير معقول المعنى أم هذا
معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ما قد حكم فيه فليس يوجد شئ * أشبه به منه مثل
النعامة فانه لا يوجد أشبه به من البدنة فلا معنى لعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولا بد
منه وبه قال مالك . وأما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فبفيه هل الجزاء
موجبه هو التعدي فقط أو التعدي على جملة الصيد فمن التعدي فقط أوجب على كل واحد من
الجماعة الثمانية للصيد جزاء ومن قال التعدي على جملة الصيد قال عليهم جزاء واحد وهذه
المسئلة شبيهه بالقصاص في النصاب في السرقة وفي القصاص في الأعضاء وفي الاتس
وستأتي في مواضعها من هذا الكتاب ان شاء الله . وتفرق أبي حنيفة بين الحرمين وبين
غير الحرمين القاتلين في الحرم على جهة التغليظ على الحرمين ومن أوجب على كل واحد من
الجماعة جزاء فتنظر الى سد الذرائع فانه لو سيطر عنهم الجزاء جملة لكان من أراد أن يصيد
في الحرم صاد في جماعة واذا قلنا ان الجزاء هو كفارة للأنثم فيشبهه انه لا يتبعض أنثم قتل الصيد
بالاشتراك فيه فيجب أن لا يتبعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة وأما اختلافهم في هل
يكون أحد الحكمين قاتل الصيد * فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلی
في الشرع وذلك انه لم يشترطوا في الحكمين الا العدالة فيجب على ظاهر هذا أن يجوز الحكم بمن
يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد أو غير قاتل . وأما مفهوم المعنى الاصلی في الشرع
فهو أن المحكوم عليه لا يكون حاكماً على نفسه . وأما اختلافهم في الموضع فسبب الاطلاق أعنى
انه لم يشترط فيه موضع فمن شبهه بالزكاة في انه حق للمساكين فقال لا ينقل من موضعه . وأما
من رأى ان المقصود بذلك انما هو الفرق بمساكين مكة قال لا يطعم الا مساكين مكة ومن اعتمد
ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء . وأما اختلافهم في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه

كفارة أم لا فسيبه هل يقاس في الكفارات عند من يقول بالقياس وهل القياس أصل من أصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فأهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد في الحرم على الحرم لمنهم القياس في الشرع وبحق على أصل أبي حنيفة أن يمنع لمنعه القياس في الكفارات ولا خلاف بينهم في تعلق الأثم به لقوله سبحانه (أو لم ير وأننا جعلنا محرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض وأما اختلافهم فيمن قتله ثم أكله هل عليه جزاء واحد أم جزاء آن فسيبه هل أكله تعدان عليه سوى تعدى القتل أم لا وإن كان تعدياً فهل هو مساوٍ للتعدى الأول أم لا وذلك أنهم اتفقوا على أنه إن أكل ثم لم يكن له كفاية في كفارة الجزاء يشتمل على أربعة أركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من تجب عليه ومعرفة الفعل الذي لا جله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام في أكثر هذا الجنس وبقي من ذلك أمران، أحدهما اختلاف في بعض الواجبات من الأمثال في بعض المصيدات، والثاني ما هو صيد مما ليس بصيد يجب أن ينظر فيما بقي علينا من ذلك فمن أصول هذا الباب ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعز وفي الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة واليربوع دويبة لها أربع قوائم وذنب تحتر كما تحتر الشاة وهي من ذوات الكروش والعز عند أهل العلم من المعز ما قد ولد أو ولد مثله والجفرة والعناق من المعز فالجفرة ما أكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الحفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الأرنب واليربوع لا يقومان إلا بما يجوز هدياً وأخيه وذلك الجذع فما فوقه من الضأن والثني فما فوقه من الإبل والبقر وحجة مالك قوله تعالى «هدياً بالغ الكعبة» ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هدياً أنه لا يجوز به أقل من الجذع فما فوقه من الضأن والثني مما سواد وفي صغار الصيد عند مالك مثل ما في كباره وقال الشافعي يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها وهو مروي عن عمرو عثمان وعلي وابن مسعود وحجته أنها حقيقة المثل فعنده في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على أصله في القيمة واختلفوا من هذا الباب في حمام مكة وغيره فقال مالك في حمام مكة شاة وفي حمام الحل حكومة. واختلف قول ابن القاسم في حمام الحرم غير مكة فقال مالك مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعي في كل حمام شاة وفي حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شيء لا مثل له من الصيد فلا جزاء فيه إلا الحمام فإن فيه شاة ولعله ظن ذلك إجماعاً فإنه روى عن عمر بن الخطاب

ولا يخالف له من الصحابة وروى عن عطاء أنه قال: في كل شيء من الطير شاة واختلقوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال مالك أرى في بيض النعامة عشر من البدنة وأبو حنيفة على أصله في القيمة ووافقه الشافعي في هذه المسئلة وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة إن كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أعني جزاء النعامة واشترط أبو ثور في ذلك أن يخرج حيًا ثم يموت وروى عن علي أنه قضى في بيض النعامة بأن يرسل الفحل على الإبل فإذا تبين لقاحها سميت ما أصبت من البيض فقلت هذا هدى ثم ليس عليك ضمان ما فسد من الحمل وقال عطاء من كانت له إبل فالقول قول علي والافني كل بيضة درهمان قال أبو عمر وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي عليه الصلاة والسلام: في بيض النعامة يصيبه المحرم منه من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود أن فيه القيمة قال وفيه أرض صيف وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء. واختلفوا في الواجب من ذلك فقال عمر رضي الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه ثمرة خير من جرادة وقال الشافعي في الجراد قيمته وبه قال أبو ثور إلا أنه قال كل ما تصدق به من حفنة طعام أو ثمرة فهو له قيمة وروى عن ابن عباس أن فيها ثمرة مثل قول أبي حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عز ابن عمر أن فيها شوية وهو أيضاً شاذ فهذه هي مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيها هو الجزاء فيه. وأما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فانهم اتفقوا على أن صيد البر محرم على المحرم إلا الخمس الفواسق المنصوص عليها. واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم، واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لنوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسيتين وما اختلفوا فيه (فتقول) ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلهن الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العتور. واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول باباحه قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وإن كان بعضهم اشترط في ذلك أوصافاً. واختلفوا هل هذا من باب الخاص أو يده الخاص أو من باب الخاص أو يده العام والذين قالوا هو من باب الخاص أو يده العام اختلفوا في أي عام أو يده ذلك فقال مالك الكلب العتور الوارد في الحديث إشارة إلى كل سبع عادي وأن ما ليس به من السباع

فليس للمحرم قتله ولم يرقط صغارها التي لا تعدو ولا ما كان منها أيضاً لا يعدو ولا خلاف بينهم في قتل الحية والافعى والاسود وهو مروي عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتل الافعى والاسود وقال مالك لا أرى قتل الوزغ والاخبار بتتلها متواترة لكن مطلقاً لا في الحرم ولذلك توقف فيها مالك في الحرم وقال أبو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسى والذئب وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع وقال الشافعي كل محرم الا كل فهو في معنى الخمس وعمدة الشافعي انه انما حرم على المحرم ما أحل للحلال وأن المباحة الا كل لا يجوز قتلها باجماع لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشى . واختلفوا في الزنبور فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم رأى أنه أضعف نكايته من العقرب وبالجملة فالمنصوص عليها يتضمن أنواعها من اتساده فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام ألحق بواحد واحد منها ما يشهد ان كان له شبهة ومن لم يرد ذلك قصر النهي على المنطوق به وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع فخصصت عموم الاسم الوارد في الحديث الثابت لما روى عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام قال خمس يقتلن في الحرم فذكر فهن الغراب الابقع وشذ النخعي فمنع المحرم قتل الصيد الا القارة . واما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه فانهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدى السمك وذلك بناء منهم على أن ما كان منه يحتاج الى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر من ذلك ما كان محرماً ولا خلاف بين من يحل جميع ما في البحر في أن صيده حلال وانما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش في البر وفي الماء بأي الحكيم يلحق وقياس قول أكثر العلماء انه يلحق بالذي عيشه فيه غالباً وهو حيث يولد والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء أنه قال في طير الماء حيث يكون أغلب عيشه بحكم له بحكمه . واختلفوا في نبات الحرم هل فيه جزء أم لا فقال مالك لا جزء فيه وانما فيه الاثم فقط للنهي الوارد في ذلك وقال الشافعي فيه الجزء في الدوحة بكرة وفيها دونها شاة وقال أبو حنيفة كل ما كان من غرس الانسان فلا شئ فيه وكل ما كان نباتاً بطبعه ففيه قيمة * وسبب الخلاف هل يقاس النبات في هذا على الحيوان لا اجتماعهما في النهي عن ذلك في قوله عليه الصلاة

والسلام لا ينفر صيدها ولا يعصد شجرها فهذا هو القول في مشهور مسائل هذا الجنس فلنقل
في حكم الخالق رأسه قبل محل الخلق

(القول في فدية الاذى وحكم الخالق رأسه قبل محل الخلق)

وأما فدية الاذى فجمع أيضاً عليها لور ودال الكتاب بذلك والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى
(فن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وأما السنة
فحديث كعب بن عجرة انما ثبت أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فأذاه التمل في
رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال له صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة
مساكين مدين لكل انسان أو انسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك والكلام في هذه
الآية على من تحب الفدية وعلى من لا تحب وإذا وجبت فما هي الفدية الواجبة وفي أى شيء
تحب الفدية ولمن تحب ومتى تحب وأين تحب . فأما على من تحب الفدية فإن العلماء أجمعوا على
أنها واجبة على كل من أطاق الاذى من ضرورة لو ردد النص بذلك واختلفوا فيمن أطاقه
من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها وقال الشافعي وأبو حنيفة ان حلق
دون ضرورة فأنما عليه دم فقط واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية بأماطة الاذى
أن يكون متعمداً أو الناسي في ذلك والمعتمد سواء فقال مالك العامد في ذلك والناسي واحد وهو
قول أبي حنيفة واثوري والليث وقال الشافعي في أحد قوليه وأهل الظاهر لا فدية على
الناسي فمن اشترط في وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن أوجب ذلك على غير
المضطر فحجته أنه إذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر أوجب ومن فرق بين العامد
والناسي فلتفرق الشرع في ذلك بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى (ليس عليكم
جناح فيما أخطأتم به وإن كنتم تعمدت قلوبكم) ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن
أمتي الخطأ والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياساً على كثير من العبادات التي لم يفرق الشرع
فيها بين الخطأ والنسيان . وأما ما يجب في فدية الاذى فإن العلماء أجمعوا على أنها ثلاث خصال
على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك والجمهور
على أن الاطعام هو ستة مساكين وأن النسك أقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع
أنهم قالوا الاطعام عشرة مساكين والصيام عشرة أيام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة
الثابت . وأما من قال الصيام عشرة أيام فقياساً على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما

ورداً أيضاً في جزاء الصيد في قوله سبحانه (أو عدل ذلك صياماً) وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التي ورد فيها النص فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك لاختلاف الآثار في الاطعام في الكفارات فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم الاطعام في ذلك بعدان بعد النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثوري أنه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى أيضاً عن أبي حنيفة مثله وهو أصله في الكفارات. وأما ما تجب فيه القدية فاتفقوا على أنها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض أو حيوان يؤذيه في رأسه قال ابن عباس المرض أن يكون برأسه قروح والأذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والأذى القمل وغيره والجمهور على أن كل ما منعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الأظفار أنه إذا استباحه فعليه القدية أي دم على اختلاف بينهم في ذلك أو اطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره في هذه الأشياء وكذلك استعمل الطبيب وقال قوم ليس في قص الأظفار شيء وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر أن منع المحرم قص الأظفار اجماع واختلفوا فيمن أخذ بعض أظفاره فقال الشافعي وأبو ثور أن أخذ ظفر واحد أطعم مسكيناً واحداً وأن أخذ ظفرين أطعم مسكينين وأن أخذ ثلاثاً فعليه دم في مقام واحد وقال أبو حنيفة في أحد أقواله لا شيء عليه حتى يقصها كلها وقال أبو محمد بن حزم يقص المحرم أظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده الأقدية إلا من حلق الرأس فقط للعذر الذي ورد فيه النص واجمعوا على منع حلق شعر الرأس. واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على أن فيه القدية وقال داود لا قدية فيه واختلفوا فيمن نتف من رأسه الشعرة والشعرتين أو من لحمه فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شيء إلا أن يكون أذى فعليه القدية وقال الحسن في الشعرة مده في الشعرتين مدين وفي الثلاثة دم وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر قدية فمن فهم من منع المحرم حلق الشعر أنه عبادة سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والزينة والاستراحة التي في حلقه فرق بين القليل والكثير لأن التلبيس ليس في إزالة الزينة والدم أما موضع القدية فاختلفوا فيه فقال مالك يفعل من ذلك ما شاء أين شاء بمكة وبغيرها وإن شاء ببلده وسواء عنده في ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذي عنده مالك ههنا هو نسك وليس بهدي فإن الهدى لا يكون إلا بمكة أو بمكة وبني وقال أبو حنيفة والشافعي الدم والاطعام لا يجزيان إلا بمكة والنسك حيث شاء وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام

فحيث شاء وعن أبي حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعي أن دم الاطعام لا يجزئ إلا لما كين الحرم * وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فمن قاسه على الهدى أوجب فيه شروط الهدى من الذبح في المكان المخصوص به وفي مساكين الحرم وإن كان مالك يرى أن الهدى يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم والذي يجمع النسك والهدى هو أن المقصود بهما منفعة المساكين المجاورين لبيت الله والمخالف يقول أن الشرع لما فرق بين اسميهما فسمى أحدهما نسكاً وسمى الآخر هدياً وجب أن يكون حكمهما مختلفاً . وأما الوقت فالجمهور على أن هذه الكفارة لا تكون إلا بعد اتمام الأذى ولا يبعد أن يدخله الخلاف قياساً على كفارة الإيمان فهذا هو القول في كفارة اتمام الأذى واختلّفوا في حلق الرأس هل هو من مناسك الحج أو هو مما يتحلل به منه ولا خلاف بين الجمهور في أنه من أعمال الحج وأن الحلق أفضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمتقصرين يا رسول الله قال ارحم المحلقين قالوا والمتقصرين يا رسول الله قال لا يحلقن وإن سنتهن التقصير واختلّفوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر أو لا فقال مالك الحلق نسك للحاج وللمعتمر وهو أفضل من التقصير ويجب على كل من فاته الحج وأحصر بعد أو مرض أو بعد زهر وهو قول جماعة الفقهاء إلا في المحصر بعدو فإن أبا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فمن جمل الحلاق أو التقصير نسكاً أوجب في تركه الدم ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيئاً *

* (القول في كفارة المتمتع) *

وأما كفارة المتمتع التي نص الله عليها في قوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) الآية فإنه لا خلاف في وجوبها وإنما الخلاف في المتمتع من هو وقد تقدم ما في ذلك من اختلاف القول في هذه الكفارة أيضاً يرجع إلى تلك الاجتناس بعينها على من تجب وما الواجب فيها ومتى تجب ولمن تجب وفي أي مكان تجب ، فأما على من تجب فعلي المتمتع باتفاق وقد تقدم الخلاف في المتمتع من هو وأما اختلافهم في الواجب فإن الجمهور من العلماء على أن ما استيسر من الهدى هو شاة واحتج مالك في أن اسم الهدى قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى في جزاء الصيد هدي بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع أنه قد يجب في جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر

الى ان اسم الهدى لا ينطلق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى
أى بقرة أدون من بقره و بدنة أدون من بدنة وأجمعوا ان هذه الكفارة على الترتيب وان من
لم يجد الهدى فعليه الصيام . واختلفوا فى حد الزمان الذى ينتقل بانتضاءه فرضه من الهدى
الى الصيام فقال مالك اذا شرع فى الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدى فى
أثناء الصوم وقال أبو حنيفة ان وجد الهدى فى صوم الثلاثة الايام لزمه وان وجد فى صوم
السبعة لم يلزمه وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء فى الصلاة وهو متميم * وسبب
الخلافا هو هل ما هو شرط فى ابتداء العبادة هو شرط فى استمرارها وانما فرق أبو حنيفة بين
الثلاثة والسبعة لان الثلاثة الايام هى عند بدل من الهدى والسبعة ليست ببدل وأجمعوا على
انه اذا صام الثلاثة الايام فى العشر الاول من ذى الحجة انه قد أتى بها فى محلها لتوله سبحانه
فصيام ثلاثة أيام فى الحج ولا خلاف ان العشر الاول من أيام الحج واختلفوا فى من صامها فى
أيام عمل العمرة قبل أن يهل بالحج أو صامها فى أيام منى فجاز مالك صيامها فى أيام منى
ومنع أبو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب الهدى فى ذمته ومنعه مالك قبل الشروع
فى عمل الحج وأجازه أبو حنيفة * وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الايام
المختلف فيها أم لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة أن لا تجزى الا بعد وقوع موجبها
فن قال لا تجزى كفارة الا بعد وقوع موجبها قال لا تجزى الصوم الا بعد الشروع فى
الحج ومن قال سها على كفارة الايمان قال تجزى واتفقوا أنه اذا صام السبعة الايام فى أهله
أجزأه واختلفوا اذا صامها فى الطريق فقال مالك تجزى الصوم وقال الشافعى لا تجزى وسبب
الخلافا الاحتمال الذى فى قوله سبحانه اذا رجعت فان اسم الراجع ينطلق على من فرغ من
الرجوع وعلى من هو فى الرجوع نفسه فم هذه هى الكفارة التى ثبتت بالسمع وهى من المتفق
عليها ولا خلاف ان من فاتته الحج بعد أن شرع فيه اما بفوات ركن من أركانه وأما من قبل
غلطه فى الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو اتيانه فى الحج فعلا مفسد له فان عليه القضاء اذا
كان حيا واجبا وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وان كان تطوعا فهل عليه قضاء أم لا
الخلافا فى ذلك كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكونه التمتع الداخل عليه مشعرا
بوجوب الهدى وشذوقم فقالوا لا هدى أصلا ولا قضاء الا أن يكون فى حج واجب ومما
ينخص الحج الفاسد عند الجمهور ودون سائر العبادات انه يمضى فيه المفسد ولا يقطع عليه دم
وشذوقم فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله

فالجهمور وعمموا والمخالفون خصصوا قياساً على غيرها من العبادات اذا وردت عليها المفسدات
وانفقوا على أن المفسد للحج امامن الافعال المأمور بها فترك الاركان التي هي شرط في صحته
على اختلافهم فيها هو ركن مما ليس بركن وأما من التروك المنهى عنها فالجماع وان كان اختلفوا
في وقت الذي اذا وقع فيه الجماع كان مفسداً للحج فاما اجماعهم على افساد الجماع للحج
فلقوله سبحانه (من فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) وانفقوا على ان
من وطىء قبل الوقوف بعرفة فقد افسد حجه وكذلك من وطىء من المعتمرين قبل أن يطوف
ويسمى واختلفوا في فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جمرة العقبة وبعدرمي
الجمرة وقبل طواف الافاضة الذي هو الواجب فقال مالك والشافعي من وطىء قبل رمي جمرة
العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدي والقضاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري عليه الهدي
بدنة وحجه تام وقدر روى مثل هذا عن مالك وقال مالك من وطىء بعدرمي جمرة العقبة وقبل
طواف الافاضة فحجه تام وبقول مالك في ان الوطء قبل طواف الافاضة لا يفسد الحج قال
الجمهور ويلزمه عندهم الهدي وقالت طائفة من وطىء قبل طواف الافاضة فسد حجه وهو
قول ابن عمر * وسبب الخلاف ان للحج تحملاً يشبه السلام في الصلاة وهو التحلل الا كبر
وهو الافاضة وتحللاً أصغر وهل يشترط في اباحة الجماع التحللان أو أحدهما ولا خلاف
بينهم ان التحلل الاصغر الذي هو رمي الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شيء حرم عليه
بالحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل له كل شيء الا
النساء والطيب وقيل عنه الا النساء والطيب والصيد لان الظاهر من قوله واذا حللتم فاصطادوا
انه التحلل الا كبر وانفقوا أيضاً على ان المعتمر يحل من عمرته اذا طاف بالبيت وسعى بين
الصفاء والمروة وان لم يكن حلق ولا قصر لثبوت الاثار في ذلك الاخلاق اذا روى عن
ابن عباس انه يحل بالطواف وقال أبو حنيفة لا يحل الا بعد الحلاق وان جامع قبله فسدت
عمرته واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج وفي مقدمته فالجمهور على ان التمتع الختانين
يفسد الحج ويحتمل من يشترط في وجوب الطهر الانزال مع التمتع الختانين ان يشترطه في
الحج واختلفوا في انزال الماء في مادون الفرج فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج الا الانزال في
الفرج وقال الشافعي ما يوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد الحج وكذلك
مقدمته من المباشرة والتبلة واستحب الشافعي فمين جامع دون الفرج أن يهدي واختلفوا
فمين وطىء مراراً فقال مالك ليس عليه الا هدي واحد وقال أبو حنيفة ان كر الوطء في

مجلس واحد كان عليه هدى واحد وان كره في مجالس كان عليه لكل وطء هدى وقال
 محمد بن الحسن يحز به هدى واحد وان كره الوطء لم يهد لوطئه الا اول وعن الشافعي الثلاثة
 الاقوال الا ان الا شهر عنه مثل قول مالك واختلفوا فيمن وطئ ناسياً فسوى مالك في ذلك
 بين العمد والنسيان وقال الشافعي في الجديد لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة هدى
 فقال مالك ان طأوعته فعليه هدى وان أكرهها فعليه هديان وقال الشافعي ليس عليه الا هدى
 واحد كقوله في المجمع في رمضان وجمهور العلماء على انهما اذا حجا من قابل تفرقا عني
 الرجل والمرأة وقيل لا يفترقان والقول بان لا يفترقان مروي عن بعض الصحابة والتابعين وبه
 قال أبو حنيفة واختلف قول مالك والشافعي من أين يفترقان فقال الشافعي يفترقان من حيث
 افسد الحج وقال مالك يفترقان من حيث أحرما الا أن يكونا أحرما قبل الميقات فمن أخذهما
 بالافتراق فسد الذريعة وعقوبة ومن لم يأخذهما به فجر يا على الاصل وانه لا يثبت حكم في هذا
 الباب الا بسمع واختلفوا في الهدي الواجب في الجماع فقال مالك وأبو حنيفة هوشاة
 وقال الشافعي لا تجزى الا بدنة وان لم يجد قومت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاماً فان لم يجد
 صام عن كل مديوماً قال والاطعام والهدي لا يجزى الا بمكة أو بمني والصوم حيث شاء
 وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطئ أو حلق شعر أو احصار فان صاحبه ان لم
 يجد الهدي صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبه الدم
 الا لزمها هاتين الممتنع والشافعي شبهه بالدم الواجب في التقية والاطعام عند مالك لا يكون
 الا في كفارة الصيد وكفارة ازالة الاذى والشافعي يرى أن الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم
 في موضعين ولم يقع بدلهما الا في موضع واحد فقياس المسكوت عنه على المنطوق به في الاطعام
 أولى فهذا ما يخص الفساد بالجماع. واما الفساد بقوات الوقت وهو أن يفوته الوقوف بعرفة يوم
 عرفة فان العلماء أجمعوا أن من هذه صفة لا يخرج من إحرامه الا بالطواف بالبيت والسعي بين
 الصفا والمروة أعني أنه يحل ولا بد بعمره وان عليه حج قابل واختلفوا هل عليه هدى أم لا
 فقال مالك والشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور عليه الهدي وعمدتهم اجماعهم على أن من حبسه
 مرض حتى فاته الحج أن عليه الهدي وقال أبو حنيفة بتحل بعمره ويحج من قابل ولا هدى
 عليه وحجة الكوفيين أن الاصل في الهدي انما هو بدل من القضاء فاذا كان القضاء فلا
 هدى الا ما خصه الاجماع واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارناً
 هل يقضى حجاً مفرداً أو مقروناً بعمره فذهب مالك والشافعي الى أنه يقضى قارناً لانه انما يقضى

مثل الذي عليه وقال أبو حنيفة ليس عليه الا افراد لانه قد طاف لعمرته فليس يتقضى الا ما فاته وجمهور العلماء على أن من فاته الحج أنه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك الا أنه أجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج أن يتحلل بعمره وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم فيمن أحرّم بالحج في غير أشهر الحج فمن لم يجعله محرماً لم يجز للذي فاته الحج ان يبسقى محرماً الى عام آخر ومن أجاز الا حرام في غير أيام الحج أجاز له البقاء محرماً قال القاضي فقد قلنا في الكفارات الواجبة بالنص في الحج وفي صفة القضاء في الحج الثابت والفاسد وفي صفة احلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك في الكفارات المنصوص عليها وما للحق الفقهاء بذلك من كفارة المفسد حجة وبقي ان تقول في الكفارات التي اختلفوا فيها في ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه .

(القول في الكفارات المسكوت عنها)

فنقول ان الجمهور اتفقوا على أن النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغّب فيه فالذي هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص أصله الممتع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من فاته من نسكه شيء فعليه دم . وأما الذي هو ثقل فلم ير وافيته دماً ولكنهم اختلفوا اختلافًا كبيراً في ترك نسك نسك هل فيه دم أم لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة أو ثقل . وأما ما كان فرضاً فلا خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم وانما يختلفون في العمل الواحد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض أم لا . وأما أهل الظاهر فأنهم لا يرون دماً الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة في العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من التروك مستوفياً فعمله فيه فدية الاذى وما كان مرغّباً فيه فليس فيه شيء واختلفوا في ترك فعل فعل لاختلافهم هل هو سنة أم لا وأهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا في المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور من اختلاف الفقهاء في ترك نسك نسك أعني في وجوب الدم أولاً وجوبه من أول المناسك الى آخرها وكذلك في فعل محظور ومحظور فأول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لا دم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثوري وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ومشهور قول الثوري وقال أبو حنيفة ان رجع مليباً فلا دم عليه وان رجع غير مليب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبره بالدم واختلفوا

فحين غسل رأسه بالخطمي فقال مالك وأبو حنيفة يفتدي وقال الثوري وغيره لا شيء عليه ورأى مالك أن في الحمام القدية وإباحه الاكثر وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخوله والجمهور على أنه يفتدي من لبس من المحرمين ما نهى عن لباسه واختلفوا إذا لبس السر او يل لعدمه الا زار هل يفتدي أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يفتدي وقال الثوري وأحمد وأبو ثور ودلاشي عليه اذا لم يجد إزاراً وعمدة من منع النهي المطلق وعمدة من لم يرفيه فدية حديث عمر وبن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: السر او يل لمن لم يجد الا زار واختلف لمن لم يجد النعلين واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه القدية وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي واختلفوا في لبس المرأة التقازين هل فيه فدية أم لا وقد ذكرنا كثيراً من هذه الاحكام في باب الاحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم أم لا وقد تقدم وافقه تعالى أن من نكس الطواف أو نسي شوطاً من أشواطه أنه يعيده مادام بمكة واختلفوا اذا بلغ الى أهله فقال قوم منهم أبو حنيفة يجز به الدم وقل قوم بل يعيد ويحرم ما قصه ولا يجز به الدم وكذلك اختلفوا في وجوب الدم على من ترك الرمل في الثلاثة الاشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور واختلف في ذلك قول مالك وأصحابه والخلاف في هذه الاشياء كلها مبني على أنه هل هو سنة أم لا وقد تقدم القول في ذلك وتبيل الحجر أو قبيل يده بعد وضعها عليه اذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياساً على المتمتع اذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسي ركعتي الطواف حتى رجع الى بلده هل عليه دم أم لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري يركعهما مادام في الحرم وقال الشافعي وأبو حنيفة يركعهما حيث شاء والذين قالوا في طواف الوداع انه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم يتمكن له العودة اليه هل عليه دم أم لا فقال مالك ليس عليه شيء الا ان يكون قريباً فيعود وقال أبو حنيفة والثوري عليه دم ان لم يعد وانما يرجع عندهم ما لم يبلغ المواقيت وحجة من لم يرد سنة مؤكدة سقطت عن المكى والحائض وعند أبي حنيفة انه اذا لم يدخل الحجر في الطواف أعاد ما لم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام في الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عند بدء الا اذا رجع الى بلده فان عليه دم وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكباً من غير مرض ولكنه أحب ان يستشرف الناس اليه ومن لم ير السعي واجبا فعليه فيه دم اذا انصرف

الى بلده ومن رآه نطو عالم يوجب فيه شيئاً وقد تقدم اختلافهم أيضاً فمن قدم السمي على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلّفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمدان عا د دفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثوري عليه الدم رجوع أو لم يرجع وقد تقدم هذا واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرفة فقال الشافعي لا حج له وقال مالك عليه دم* وسبب الاختلاف هل انتهى على الوقوف بها من باب الحظر أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج الى انتضاءها كثيراً من اختلافهم فيها في تركه دم وما ليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هنالك قال القاضي فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي التي تجرى مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضاً من الأفعال في مكان مكان من اما كنها وزمان زمان من ازمته الجزئية الى انتضاء زمانها قلنا في احكام التحلل الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعداء وقلنا أيضاً في حكم الاعداء بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها فأحصر بمرض أو عدا أو غير ذلك والذي بقي من أفعال هذه العبادة هو القول في الهدى وذلك أن هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغي أن يفرد بالنظر فنقل فيه

(القول في الهدى)

فنقول ان النظر في الهدى يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه ومن أين يساق والى أين ينتهي بسوقه وهو وضع نحره وحكم لحمه بعد النحر فنقول انهم قد أجمعوا على ان الهدى المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ما هو واجب بالنذر ومنه ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة فاما ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة فهو هدى المتبع باتفاق وهدى القارن باختلاف . وأما الذي هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى وهدى كفارة الصيد وهدى القاء الاذى والتفت وما أشبه ذلك من الهدى الذي قاسه التقهاء في الاخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه فاما جنس الهدى فان العلماء متفقون

على انه لا يكون الهدى الامن الا زواج الثمانية التي نص الله عليها وان الافضل في الهدايا هي الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا في الضحايا ، وأما الاسنان فانهم أجمعوا ان الثني مما فوقه يحزى منها وانه لا يحزى الجذع من المعز في الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لا بي برده: يحزى عنك ولا يحزى عن أحد بعدك واختلفوا في الجذع من الضأن فاكثر أهل العلم يقولون بجوازه في الهدايا الضحايا وكان ابن عمر يقول لا يحزى في الهدايا الا الثني من كل جنس ولا خلاف في ان الاغلى ثمن من الهدايا أفضل وكان الزبير يقول لبنيه يا بني لا يهدين أحدكم لله من الهدى شيئا يستحى أن يهدى لكرمه فان الله أكرم الكرماء وأحق من اختياره وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد قيل له أيها أفضل فقال: أغلاها ثمننا وأفسها عند أهلها وليس في عدد الهدى حدم معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة . وأما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بانه هدى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذى الحليفة قلد الهدى وأشعره وأحرم واذا كان الهدى من الابل والبقر فلا خلاف انه يقلد نعلين أو ما أشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا في تقليد الغنم فقال مالك وأبو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود تقلد لحديث الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت مرة غنما فقلده واستحبوا توجيهه الى القبلة في حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا أهدى هديا من المدينة قلده وأشعره بذى الحليفة قلده قبل أن يشعره وذلك في مكان واحد وهو موجه للقبلة يقلده بنعلين ويشعره من الشق الايسر ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة ثم يدفع به معهم اذا دفعوا واذا قدم منى غداة التحرق قبل أن يحلق أو يقصر وكان هو ينحدر هديه بيده يصفه من قياما ويوجهن القبلة ثم يأكل ويطعم واستحب الشافعي وأحمد وأبو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا ببدنة فأشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين ثم ركب راحلته فلما استوت على البيداء أهل بالحج . وأما من أين يساق الهدى فان مالك يرى ان من سنته أن يساق من الحل ولذلك ذهب الى ان من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه أن يقفه بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل وأما ان كان أدخله من الحل فيستحب له أن يقفه بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثوري وأبو ثور وقوف الهدى بعرفة سنة ولا

خرج على من لم يفقه كان داخلا من الحل أو لم يكن وقال أبو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من السنة وحجة مالك في ادخال الهدى من الحل الى الحرم ان النبي عليه السلام كذلك فعل وقال خذوا عني مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل التقليد وقال أبو حنيفة ليس التعريف بسنة وإنما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروى عن عائشة التخيير في تعريف الهدى أولا تعريفه . وأما محله فهو البيت العتيق كما قال تعالى « ثم محله الى البيت العتيق » وقال « هديا بالغ الكعبة » وأجمع العلماء على ان الكعبة لا يجوز لاحد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة انه إنما أراد به النحر بمكة احسانا منه لمساكينهم وقترائهم . وكان مالك يقول إنما المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة مكة . وكان لا يجوز لمن نحر هديه في الحرم الا أن ينحره بمكة وقال الشافعي وأبو حنيفة ان نحره في غير مكة من الحرم أجزأه وقال الطبري يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدي الا هدى التران وجزاء الصيد فانهم لا ينحرون الا بالحرم وبالجملة فالنحر بمكة اجماع من العلماء وفي الصمرة بمكة الا ما اختلفوا فيه من نحر المحصر وعند مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمكة أجزأه وحجة مالك في انه لا يجوز ان نحر بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم : وكل فجاج مكة وطرقها منحر واستثنى مالك من ذلك هدى القديفة فاجاز ذبحه بغير مكة . وإمامي ينحرون ما لمالك قال ان ذبح هدى التمتع والتطوع قبل يوم النحر لم يجزه وأبو حنيفة في التطوع قال الشافعي يجوز في كليهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور ان ما عدل من الهدى بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لا منفعة في ذلك لالاهل الحرم ولا لاهل مكة وإنما اختلفوا في الصدقة المعدولة عن الهدى فجمهور العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جزاء الصيد ان هدي هو لهم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة . وأما صفة النحر فالجمهور مجمعون على ان التسمية مستحبة فيها لانها ذكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمهدي أن يلبس نحره يديه وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه ومن سنها أن تنحر قياما لقوله سبحانه « فاذكروا اسم الله عليها صواف » وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الذبايح . وأما ما يجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به وبلحمه فان في ذلك مسائل مشهورة ، أحدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب أو التطوع فذهب أهل الظاهر الى أن ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم أوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير

ضرورة والحجة للجمهور ماخرجه أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف وإذا أُلجئت إليها حتى تجد ظهراً ومن طريق المعنى أن الانتفاع بما قصد به التقرّب إلى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رأى رجلاً يسوق بدنة فقال اركبها فقال يا رسول الله إنها هدى فقال اركبها ويملك في الثانية أو في الثالثة وأجمعوا أن هدى التطوع إذا بلغ محله أنه يأكل منه صاحبه كسائر الناس وأنه إذا عطب قبل أن يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم يأكل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيئاً أهل رفقته لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الأسلمي وقال لا إن عطب منها شيء فأنحره ثم أصبغ نعليه في دمه وخل بينه وبين الناس وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولا تأكل منه أنت ولا أهل رفقك وقال بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا فيما يجب على من أكل منه فقال مالك إن أكل منه وجب عليه بدله وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثوري وأحمد وابن حبيب من أصحاب مالك عليه قيمة ما أكل أو أمراً بأكله طعماً ما يتصدق به وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وما عطب في الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا فيه الخلاف مبني على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم . وأما الهدى الواجب إذا عطب قبل محله فإن لصاحبه أن يأكل منه لأن عليه بدله ومنهم من أجاز له بيع لحمه وأن يستعين به في البدل وكره ذلك مالك واختلفوا في ألاكل من الهدى الواجب إذا بلغ محله فقال الشافعي لا يؤكل من الهدى الواجب كله ولحمه كله لله ساكين وكذلك جله إن كان مجللاً والنعل الذي قد به وقال مالك يؤكل من كل الهدى الواجب الأجزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الأذى وقال أبو حنيفة لا يؤكل من الهدى الواجب إلا هدى المتعة وهدى القران وعمدة الشافعي تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة . وأما من فرق فلا يظهر في الهدى معنيان ، أحدهما أنه عبادة مبتدأة والثاني أنه كفارة وأحد المعنيين في بعضها أظهر فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القران وهدى التمتع وبخاصة عند من يقول إن التمتع وقران أفضل لم يشترط أن لا يأكل لأن هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يأكله لا تفاقم على أنه لا يأكل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الأذى ظاهر

من أمرهما انهما كفارة لم يختلف هؤلاء الفقهاء في انه لا يأكل منها قال القاضي فقد قلنا في حكم الهدى وفي جنسه وفي سنه وكيفية سوقه وشروط صحته من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب وبتمام القول في هذا بحسب ترتيبنا تم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا والله الشكر والحمد كثير أعلى ما وفق وهدي ومن به من التمام والكمال وكان الفراغ منه يوم الاربعاء التاسع من جمادى الاولى الذي هو من عام أربعة وثمانين وخمسمائة وهو جزء من كتاب المجتهد الذي وضعته منذ أزيد من عشرين عاماً وأنحوها والحمد لله رب العالمين كان رضى الله عنه عزم حين تأليف الكتاب أولاً لا يتبت كتاب الحج ثم بدله بعد فأنبته

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الجهاد ﴾

والقول المحيط بأصول هذا الباب ينحصر في جملتين ، الجملة الاولى في معرفة أركان الحرب ، الثانية في أحكام أموال المحاربين اذا ملكها المسلمون ﴿ الجملة الاولى ﴾ وفي هذه الجملة فصول سبعة ، أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم ، والثاني معرفة الذين يحاربون ، والثالث معرفة ما يجوز من المنكيات في صنف صنف من أصناف أهل الحرب مما لا يجوز ، والرابع معرفة جواز شر وط الحرب ، والخامس معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم ، والسادس هل تجوز المهادنة ، والسابع لما ذابحار بون

* (الفصل الاول) *

فأما حكم هذه الوظيفة فأجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لا فرض عين الا عبد الله بن الحسن فانه قال انها تطوع وانما صار الجهور لكونه فرضاً لقوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) الآية . وأما كونه فرضاً على الكفاية أعني اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) الآية وقوله (وكلا وعد الله الحسنى) ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للفر والالتجاء ترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضاً على الكفاية . وأما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يحدون

بما يغزون الاصحاء والمرضى ولا الزمنى وذلك لا خلاف فيه لقوله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) وقوله (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما يفتقون حرج الا آية) . وأما كون هذه القرية تخص بالاحرار فلا أعلم فيها خلافا وعامة العلماء متفقون على ان من شرط هذه القرية ان يكون فيها الا ان تكون عليه فرض عين مثل ان لا يكون هنالك من يتوم بالفرض الا بقيام الجميع به والا صل في هذا ما ثبت ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى أريد الجهاد قال . أحى والدالك قال نعم قال فقيمهما فجاهدوا واختلفوا فى اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا فى اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سأله الرجل : أيكفر الله عنى خطاياى ان مت صابرا محتسبا فى سبيل الله قال نعم الا الدين كذلك قال لى جبريل آتيا والجهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه

﴿ الفصل الثانى ﴾

فاما الذين يحاربون فاتفقوا على انهم جميع انشركين لقوله تعالى (وقتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) الاماروى عن مالك انه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : ذروا الحبشة ما وذرتمكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الاثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يتحامون غزوهم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما يجوز من النكاح فى العدو فان النكاح لا تخلو أن تكون فى الاموال أو فى النفوس أو فى الرقاب أعنى الاستعباد والتملك . فاما النكاح التى هى الاستعباد فهى جائزة بطريق الاجماع فى جميع أنواع المشركين أعنى ذكرانهم وإناثهم وشيوخهم وصبيانهم صفارهم وكبارهم الا الرهبان فان قوماروا أن يتزكروا ولا يؤسروا ل يتزكروا دون أن يعرض اليهم لا يقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فذرهم وما حسبوا أنفسهم اليه اتباعا لفعل أبى بكر واكثر العلماء على ان الامام مخير فى الاسارى فى خصال منها أن يمن عليهم ومنها أن يستعبدهم ومنها أن يقتلهم ومنها أن يأخذ منهم القداء ومنها أن يضرب عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الاسير وحكى الحسن بن محمد التميمى انه اجماع الصحابة * والسبب فى اختلافهم تعارض الآية فى

هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان ظاهر قوله تعالى (فاذا القيم الذين كفروا فاضرب الرقاب) الآية انه ليس للامام بعد الاسر الا المن أو الفداء وقوله تعالى (ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الارض) الآية والسبب الذي نزلت فيه من أسارى بدر يدل على ان القتل أفضل من الاستعباد واما هو عليه الصلاة والسلام فقد قتل الأسارى في غير ماموطن وقدم واستعبد النساء وقد حكى أبو عبيد انه لم يستعبد احرا رذ كور العرب واجمعت الصحابة بعده على استعباد أهل الكتاب ذكر انهم إن انهم فمن رأى ان الآية الخاصة بقتل الأسارى ناسخة لفعله قال لا يقتل الأسير ومن رأى أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الأسير ولا المقصود منها حصر ما يفعل بالأسارى بل فعله عليه الصلاة والسلام هو حكم زائد على ما في الآية ويحيط العتب الذي وقع في ترك قتل أسارى بدر قال بجواز قتل الأسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد بعد تأمين وهذا ما لا خلاف فيه بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز واتفقوا على جواز تأمين الامام وجمهور العلماء على جواز امان الرجل الحر المسلم الا ما كان ابن الما جشون يرى انه موقوف على اذن الامام واختلفوا في امان العبد واما المرأة فالجمهور على جوازها وكان ابن الما جشون وسخنون يقولان امان المرأة موقوف على اذن الامام وقال أبو حنيفة لا يجوز امان العبد الا أن يقاتل * والسبب في اختلافهم معارضة العموم للقياس اما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام :المسا معون تنكح فادماؤهم ويسمى بدمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا اوجب امان العبد بعمومه . واما القياس المعارض له فهو ان الا مان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب أن يكون للعبودية تأثير في اسقاطه قياسا على تأثيرها في اسقاط كثير من الاحكام الشرعية وان نخص ذلك العموم بهذا القياس . واما اختلافهم في امان المرأة فبسببه اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام :قد أجزنا من أجزت يأمن هاني وقياس المرأة في ذلك على الرجل وذلك أن من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام :قد أجزنا من أجزت يأمن هاني أجازة أمانها لا صحته في نفسه وانه لا اجازة لذلك لم يؤثر قال لا امان للمرأة الا أن يحجزه الامام ومن فهم من ذلك ان امضاء أمانها كان من جهة انه قد كان انعقدوا اثرلا من جهة ان اجازته هي التي صححت عقده قال امان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فرقا في ذلك أجاز أمانها ومن رأى انها ناقصة عن الرجل لم يحجز أمانها وكيفما كان فالامان غير مؤثر في الاستعباد وانما يؤثر في القتل وقد يمكن أن يدخل الاختلاف في هذا من قبل اختلافهم في

ألفاظ جموع المذكر هل يتناول النساء أم لا أعنى بحسب العرف الشرعى . وأما النكابة التى تكون فى النفوس فهى القتل ولا خلاف بين المسلمين انه يجوز فى الحرب قتل المشركين الذكرا ن البالغين المقاتلين . وأما القتل بعد الاسر ففيه الخلاف الذى ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم فى انه لا يجوز قتل صبيانهم ولا قتل نساءهم ما لم تقا تل المرأة والصبي فاذا قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال فى امرأته قتولة ما كانت هذه لتقاتل واختلفوا فى أهل الصوامع المنزعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعنوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل الا عمى ولا المعنوه ولا أصحاب الصوامع ويترك لهم من أموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ القانى عنده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الثورى والاوزاعى لا يقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعى لا يقتل الحراث وقال الشافعى فى الاصح عنه يقتل جميع هذه الاصناف * والسبب فى اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها للعموم الكتاب ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وذلك ان قوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) يقتضى قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله . وأما الآثار التى وردت باستبقاء هذه الاصناف فنها مار واد داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال : لا تقتلوا أصحاب الصوامع . ومنها أيضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا خرجه أبو داود ومن ذلك أيضا ما رواه مالك عن أبي بكر انه قال : ستجدون قوما زعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فدمهم وما حبسوا أنفسهم له . وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا ه ما يشبه أن يكون السبب الا ملك فى الاختلاف فى هذه المسئلة معارضة قوله تعالى (وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين) لقوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) الآية فمن رأى ان هذه اسخنة لقوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم لان القتال أولا انما أيسح لمن يقاتل قال الآية على عمومها ومن رأى أن قوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم هى محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون استثناءها من عموم تلك وقد احتج الشافعى بحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اقتلوا شيوخ المشركين

واستحيوا شرهم وكان العلة الموجبة للقتل عنده انما هي الكفر فوجب أن تطرد هذه العلة في جميع الكفار . وأما من ذهب الى انه لا يقتل الحراث فانه احسب في ذلك بما روى عن زيد ابن وهب قال أتنا كتاب عمر رضي الله عنه وفيه لا تغلوا ولا تغدر واو لا تقتلوا وليداً واتقوا الله في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النهي عن قتل العسيف المشرك وذلك انه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاه فر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل ثم نظر في وجوه القوم فقال لا حدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتل ذرية ولا عسيفاً ولا امرأة * والسبب الموجب بالجملة لا اختلافهم في العلة الموجبة للقتل فمن زعم ان العلة الموجبة لذلك هي الكفر لم يستثن أحد آمن المشركين ومن زعم ان العلة في ذلك اطاقه القتال للنهي عن قتل النساء مع انهن كفار استثنى من لم يطبق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح والعسيف وصح النهي عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا في تحريقهم بالنار فذكره قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر ويروى عن مالك وأجاز ذلك سفیان الثوري وقال بعضهم ان ابتداء العدو بذلك جاز والا فلا * والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فتقوله (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ولم يستثن قتلاً من قتل . وأما للخصوص فماتت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في رجل: ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واشق عوام الفقهاء على جواز رمي الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء ان النبي عليه الصلاة والسلام: نصب المنجنيق على أهل الطائف . وأما اذا كان الحصن فيه اسارى من المسلمين واطفال من المسلمين فتالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعي وقال الليث ذلك جائز ومعتد من لم يحزه قواه تعالى (لو تزيلوا العذبة الذين كفروا منهم عذاباً أليماً) الآية . وأما من أجاز ذلك فكانه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكابة التي يجوز أن تبلغهم في نفوسهم وراقبهم . وأما النكابة التي تجوز في أموالهم وذلك في المباني والحيوان والنبات فانهم اختلفوا في ذلك فاجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العمار ولم يحز قتل المواشى ولا تحريق النخل وكره الاوزاعي قطع الشجر المثمر وتخريب العمار كنيسة كان أو غير ذلك وقال الشافعي تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل * والسبب في اختلافهم مخالفة فعل أبي بكر في ذلك لفعله

عليه الصلاة والسلام وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام: حرق نخل بنى النضير وثبت عن أبي بكر انه قال لا تقطعن شجرا ولا تخربن عامرا فمن ظن ان فعل أبي بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على أبي بكر أن يخالفه مع علمه بفعله أو رأى ان ذلك كان خاصا ببنى النضير لغزوهم قال يقول أبي بكر ومن اعتمد فعله عليه الصلاة والسلام ولم يقل أحد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثله وقد نفى عن المثلة ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام انه قتل حيوانا فهذا هو معرفة انسكابية التي يجوز أن تبلغ من الكفار في نفوسهم وأموالهم

* (الفصل الرابع) *

فما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق أعني ان لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شئ مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) وأما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فمنهم اختلافوا في ذلك فمنهم من أوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها * والسبب في اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك ان ثبت انه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لا ميردا: اذا نيت عدوك من المشركين قادعهم الى ثلاث خصال أو خلال فإيتين ما أجابوك اليها قبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك قبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم أنهم ان فعلوا ذلك ان لهم ماله مهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان أبوا واختاروا دارهم فاعلمهم أنهم يكونون كاعراب المسلمين يخبري عليهم حكم الله الذي يخبري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفى والغنمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فانهم أبوا قادعهم الى اعطاء الجزية فان أجابوا قبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستمعن بالله وقائهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس وهم الجهو من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في أول الاسلام قبل أن تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص ومن استحسن الدماء فهو وجه من الجمع .

﴿الفصل الخامس﴾

وأما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى (الا آن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً) الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك أن الضعف إنما يعتبر في القوة لا في العدد وأنه يجوز أن يفر الواحد عن واحد إذا كان أعتق جواداً منه وأجود مسلحاً وأشد قوة.

﴿الفصل السادس﴾

فأما هل تجوز المهادة فإن قوماً أجازوها ابتداءً من غير سبب إذا رأى ذلك الإمام مصلحة للمسلمين وقوم لم يحيزوها إلا لما كان الضرر والداعية لاهل الاسلام من فتنة أو غير ذلك أما بشئ يأخذونه منهم لا على حكم الجزية إذ كانت الجزية انما شرطها أن تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم أحكام المسلمين وإما بلاشئ يأخذونه منهم وكان الاو زاعى يحيز أن يصلح الإمام الكفار على شئ يدفعه المسلمون الى الكفار اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات وقال الشافعى لا يعطى المسلمون الكفار شيئاً الا أن يخافوا أن يضطلموا الكثرة العدو وقتلهم أو لحنة نزلت بهم ومن قال باجادة الصلح إذا رأى الإمام ذلك مصلحة مالك والشافعى وأبو حنيفة الا ان الشافعى لا يجوز عنده الصلح لا أكثر من المدة التى صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية * وسبب اختلافهم فى جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى (فاذا انسلخ الا شهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) لقوله تعالى وان جنحو اليه سلم فاجتنبها وتوكل على الله فن رأى أن آية الامر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية ناسخة لآية الصلح قال لا يجوز الصلح الا من ضرورة ومن رأى أن آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز إذا رأى ذلك الإمام وعضد تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة. وأما الشافعى فلما كان الاصل عنده الامر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وكان هذا مخصصاً عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير أن يزداد على المدة التى صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف فى هذه المدة فقليل كانت أربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشر سنين وبذلك

قال الشافعي وأما من أجاز أن يصالح المسلمون المشركين بأن يعطوا لهم المسلمون شيئاً إذا دعت إلى ذلك ضرورة فتنة أو غيرها فمضوا إلى ما روي أنه كان عليه السلام قد هم أن يعطى بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الأحزاب لتخيبهم فلم يوافقهم على القدر الذي كان سمح له به من ثمر المدينة حتى أفاء الله بنصره . وأما من لم يحجز ذلك إلا أن يخاف المسلمون أن يصطلحوا فقياساً على إجماعهم على جواز فداء أسارى المسلمين لأن المسلمين إذا صاروا في هذا الحذف فهم بمنزلة الأسارى .

﴿الفصل السابع﴾

فأما لما ذابحاريون فاتفق المسلمون على أن المقصود بالبخارىة لأهل الكتاب ما عدى أهل الكتاب من قریش ونصارى العرب هو أحد أمرين إما الدخول في الإسلام وإما إعطاء الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من الجوس لقوله صلى الله عليه وسلم: سنوابعهم سنة أهل الكتاب واختلفوا فيما سوى أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال الشافعي وأبو ثور وجماعة لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب والجوس والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فتقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) وقوله عليه السلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله . وأما الخصوص فتقوله لا مراة السرايا الذين كان يبعثهم إلى مشركي العرب ومعلوم أنهم كانوا غير أهل كتاب (فاذا لقيت عدوك فادعهم إلى ثلاث خصال) فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم إذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال لا تقبل الجزية من مشرك ما عدا أهل الكتاب لأن الآتي إلا مر بقتالهم على العموم هي متأخرة عن ذلك الحديث وذلك أن الأمر بقتال المشركين عامة هو في سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث إنما هو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن رأى أن العموم ينفي على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التقدم والتأخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين . وأما تخصيص أهل الكتاب من سائر المشركين فخرج

من ذلك العموم بانفاق بخصوص قوله تعالى (من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وسيأتي القول في الجزية وأحكامها في الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هي أركان الحرب ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة النهي عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك إذا كان في العساكر المأمونة * والسبب في اختلافهم هل النهي عام أريد به العام أو عام أريد به الخاص .

﴿الجملة الثانية﴾ والقول المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر أيضاً في سبعة فصول، الأول في حكم الخمس، الثاني في حكم الأربعة الاخماس، الثالث في حكم الانفال، الرابع في حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار، الخامس في حكم الارضين، السادس في حكم الفداء، السابع في أحكام الجزية والمال الذي يؤخذ منهم على طريق الصلح

﴿الفصل الأول﴾

واتفق المسلمون على أن الغنيمة التي تؤخذ قسراً من أيدي الروم ما عدا الارضين ان خمسها للإمام وأربعة أخماسها للذين غنموها لقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول الآية واختلفوا في الخمس على أربعة مذاهب مشهورة، أحدها أن الخمس يقسم على خمسة أقسام على نص الآية وبه قال الشافعي، والقول الثاني أنه يقسم على أربعة أقسام وأن قوله تعالى «فإن لله خمسة» هو افتتاح كلام وليس هو قسماً خامساً، والقول الثالث أنه يقسم اليوم ثلاثة أقسام وأن سهم النبي وذوي القربى ستطاعوت النبي صلى الله عليه وسلم والقول الرابع أن الخمس بمنزلة الفداء يعطى منه الغني والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم أربعة أقسام أو خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعدموته فقال قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقي الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للإمام وسهم ذوي القربى للقرابة الإمام وقال قوم بل يجعلان في السلاح والعدة واختلفوا في القرابة من هم فقال قوم بنوهاشم فقط وقال قوم بنو عبد المطلب وبنوهاشم * وسبب اختلافهم في هل الخمس يتصر على الاصناف المذكورين أم يعدى لغيرهم هو هل ذكرتلك الاصناف في الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم أم قصد التنبيه بهم على غيرهم

فيكون ذلك من باب الخاص أر يده العام فمن رأى انه من باب الخاص أر يده الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الاصناف المنصوص عليها وهو الذي عليه الجمهور ومن رأى انه من باب الخاص أر يده العام قال يجوز لالامام ان يصرفها فيما يراه صلاحاً للمسلمين واحتج من رأى أن سهم النبي صلى الله عليه وسلم للامام بعده بما روى عنه عليه السلام انه قال اذا أطعم الله نبياً طعمة فهو للخليفة بعده . وأما من صرفه على الاصناف الباقين أو على الغائبين فتشبيهاً بالصنف المحبس عليهم . وأما من قال القرابة هم بنو هاشم وبنو المطلب فانه احتج بحديث جابر بن مطعم قال : قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى لـبنى هاشم وبنى المطلب من الخمس قالوا إنما بنو هاشم وبنو المطلب صنف واحد ومن قال بنو هاشم صنف فلانهم الذين لا يحل لهم الصدقة واختاف العلماء في سهم النبي صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم في وجوب الخمس له غاب عن التسمية أو حضرها وقال قوم بل الخمس والصفى وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شئ كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس أو أمة أو عبد وروى أن صفية كانت من الصفى وأجمعوا على أن الصفى ليس لاحد من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أبائو رفاة قال يجرى مجرى سهم النبي صلى الله عليه وسلم

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأجمع جمهور العلماء على أن أربعة أخماس الغنيمة للغائبين اذا خرجوا باذن الامام واختلفوا في الخارجين بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهم من الغنيمة ومتى يجب وكفى بما يجوز له من الغنيمة قبل التسم فجمهور على أن أربعة أخماس الغنيمة للذين غنموها خرجوا باذن الامام أو بغير ذلك لعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شئ) الآية وقال قوم اذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير اذن الامام في كل ماساق نقل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغنم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهو لا مكانهم اعتدوا بصورة الفعل الواقع من ذلك في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا انما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكانهم رأوا أن اذن الامام شرط في ذلك وهو ضعيف . وأما من له السهم من الغنيمة فانهم اتفقوا على أن ذكران الاحرار البالغين واختلفوا في اصدادهم أعني في النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن

يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغانمين وهو قول الاوزاعي وكذلك اختلفوا في الصبي المراهق فمنهم قال يقسم له وهو مذهب الشافعي ومنهم من اشترط في ذلك ان يطبق القتال وهو مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له * وسبب اختلافهم في العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معاً أم الاحرار فقط دون العبيد وايضا فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك انه انتشر فيهم رضى الله عنهم أن العلماء لا سهم لهم روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ذكره ابن أبي شيبة من طرق عنهما قال أبو عمر بن عبد البر اصح ما روى من ذلك عن عمر مار وادسفيان ابن عيينة عن عمر وبن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن إوس بن الحدان قال قال عمر ليس أحد الا وله في هذا المال حق الا ما ملكك أيما نكح وانما صار الجمهور الى ان المرأة لا يقسم لها ويرضخ بحديث أم عطية الثابت قالت كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فتداوى الجرحى ونعرض المرضى وكان يرضخ لنا من الغنمة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل في كونها اذا غزت لها تأثير في الحرب أم لا فمنهم انفقوا على أن النساء مباح لهن الغز ومن شبههن بالرجال أوجب لهن نصيباً في الغنمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى إمام يوجب لهن شيئاً وإما أوجب لهن دون حظ الغانمين وهو الارضاخ والاولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للنساء بخير وكذلك اختلفوا في التجار والاجراء هل يسهم لهم أم لا فقال مالك لا يسهم لهم الا أن يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال * وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) بالقياس الذي يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين وذلك أن من رأى ان التجار والاجراء حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم يقصدوا القتال وانما قصدوا إما التجارة وإما الاجارة استثناءهم من ذلك العموم ومن رأى ان العموم أقوى من هذا القياس أجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناهم ما خرجه عبد الرزاق ان عبد الرحمن ابن عوف قال لرجل من فئراء المهاجرين ان يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر الخرج دعاه فابى أن يخرج معه واعتذره بأمر عياله وأهله فاعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما هزموا العدو وسأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمن سأذكر أمرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظها ونصيبه من غزوه في أمر دنياه وآخرته وخرج

مثله أبوداود عن يعلى بن منبه ومن أجاز له القسم شبهه بالجمائل أيضا وهو ان يعين أهل الديوان بعضهم بعضا أعني يعين القاعد منهم الغازي وقد اختلف العلماء في الجمائل فجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من أجاز ذلك من السلطان فقط أو اذا كانت ضرورة وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وأما الشرط الذي يجب به للمجاهد السهم من الغنيمة فان الاكثر على انه اذا شهد القتال وجب له السهم وان لم يقاتل وانه اذا جاء بعد القتال فليس له سهم في الغنيمة وبهذا قال الجمهور وقال قوم اذا لحقهم قبل ان يخرجوا الى دار الاسلام وجب له حظه من الغنيمة ان اشتغل في شيء من أسبابها وهو قول أبي حنيفة * والسبب في اختلافهم سببان القياس والاثار أما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازي في الحفظ بتأثيره في الاخذ وذلك ان الذي شهد القتال له تأثير في الاخذ أعني في أخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم والذي جاء قبل ان يصلوا الى بلاد المسلمين له تأثير في الحفظ فمن شبه التأثير في الحفظ بالتأثير في الاخذ قال يجب له السهم وان لم يحضر القتال ومن رأى ان الحفظ أضعف لم يوجب له وأما الاثر فان في ذلك أثرين متعارضين أحدهما ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بعث ابان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد فقدم ابان وأصحابه على النبي صلى الله عليه وسلم بخير بعد ما فتحوها فقال ابان إقسم لنا يا رسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والاثرا لثاني ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر: أن عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لاحد غاب عنها قالوا فوجب له السهم لان اشتغاله كان بسبب الامام قال أبو بكر بن المنذر ونبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال . الغنيمة لمن شهد الواقعة . وأما السرايا التي تخرج من العساكر فتغنم فالجمهور على ان أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وان لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام وترد سراياهم على قعدهم خرجه أبوداود ولان لهم تأثيرا أيضا في أخذ الغنيمة وقال الحسن البصري اذا خرجت السرية باذن الامام من عسكره خمسها وما بقى فلا هل السرية وان خرجوا بغير اذنه خمسها وكان ما بقى بين أهل الجيش كله وقال المنخمي الامام بالخيار ان شاء خمس ما ترد السرية وان شاء ثقله كذا * والسبب أيضا في هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير العسكر في غنيمة السرية بتأثير من حضر القتال بها وهم أهل السرية فاذن الغنيمة انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شرطين ، إما ان يكون من حضر القتال ، وإما ان يكون ردءا لمن حضر القتال . وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا في الفارس فقال الجمهور للفارس ثلاثة أسهم سهم له

وسهمان لفرسه وقال أبو حنيفة للفارس سهمان سهم لفرسه وسهم له * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للآثر وذلك أن أبا داود خرج عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم: أسهم لرجل وفرسه ثلاثة أسهم سهمان للفارس وسهم لراكبه وخرج أيضاً عن مجمع بن حارثة إلا نصارى مثل قول أبي حنيفة . وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو أن يكون سهم الفارس أكثر من سهم الإنسان هذا الذي اعتقده أبو حنيفة في ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشيء لأن سهم الفارس إنما استحقته الإنسان الذي هو الفارس بالفارس وغير بعيد أن يكون تأثير الفارس بالفارس في الحرب ثلاثة أضعاف تأثير الرجل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر أثبت وأما ما يجوز للمجاهدين يأخذون الغنمة قبل القسم فإن المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الخائض والمخيط فإن الغلول عار وشعار على أهله يوم القيامة إلى غير ذلك من الآثار الواردة في هذا الباب واختلفوا في إباحة الطعام للغزاة ماداموا في أرض الغزو فأباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب * والسبب في اختلافهم معارضة الآثار التي جاءت في تحريم الغلول للآثار الواردة في إباحة كل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن أبي أوفى فمن خصص أحاديث تحريم الغلول بهذه أجاز كل الطعام للغزاة ومن رجح أحاديث تحريم الغلول على هذا لم يحز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا أعطى منه شيئاً فالتفت فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسّم خرّجه البخاري ومسلم وحديث ابن أبي أوفى قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا تدفعه خرجه أيضاً البخاري واختلفوا في عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب إلا التعزير * وسبب اختلافهم في تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر أنه قال قال عليه الصلاة والسلام من غل فاحرق قوامتاه .

(الفصل الثالث) *

وأما تنفيل الإمام من الغنمة لمن شاء أعنى أن يزيد على نصيبه فإن العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أي شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل أم ليس يجب إلا أن ينقله الإمام فهذه أربع مسائل هي قواعد هذا الفصل .

﴿أما المسئلة الأولى﴾ فإن قوماً قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل إنما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذي اختاره الشافعي وقال قوم بل النفل من جملة الغنمة وبه قال أحمد وأبو عبيد ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنمة * والسبب في اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردة في المغنم تعارض أم هما على التخيير أعني قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء الآية وقوله تعالى يسألونك عن الأنفال الآية فمن رأى أن قوله تعالى «واعلموا أنما غنمتم من شيء» ناسخه لقوله تعالى (يسألونك عن الأنفال) قال لا نفل إلا من الخمس أو من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لا معارضة بينهما وانهما على التخيير أعني أن للامام أن ينفل من رأس الغنمة من شاء وله أن ينفل بأن يعطى جميع أرباع الغنمة للغنائم قال بجواز النفل من رأس الغنمة ولا اختلاف فيهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في هذا الباب وفي ذلك أثران، أحدهما ما روى مالك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فغنموا إبلاً كثيرة فكان سهمانهم اثني عشر بعيراً أو ثلوا بعيراً أو بعيراً وهذا يدل على أن النفل كان بعد انقسامة من الخمس واثني حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع من السرايا بعد الخمس في البداعة وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة يعني في بداعة غزوه عليه السلام وفي انصرافه .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي ما تقدمت من أن الامام أن ينفل من ذلك عند الذين أجازوا النفل من رأس الغنمة فإن قوماً قالوا لا يجوز أن ينفل أكثر من ثلث أو الربع على حديث حبيب ابن مسلمة وقال قوم أن نفل الامام السرية جميع ما غنمت جاز مصيراً إلى أن آية الأنفال غير منسوخة بن محكمة وانها على عمومها غير مخصوصة ومن رأى أنها مخصوصة بهذا لا يجوز أن ينفل أكثر من الربع أو الثلث .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أم ليس يجوز ذلك فإنهم اختلفوا فيه فذكره ذلك مالك وأجازه جماعة * وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو وظاهر الاثر وذلك أن الغزو إنما يصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هي العليا فإذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف أن يسفك الغزاة دماءهم في حق غير الله وأما الاثر الذي يقتضي ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة أن النبي عليه السلام كان ينفل في الغزو والسرايا الخارجة من العسكر الربع وفي القول الثالث : ومعلوم أن المقصود من هذا

انما هو التنشيط على الحرب

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب إلا أن يقتله له
 الإمام قانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول إلا أن ينقله له الإمام
 على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثوري وقال الشافعي وأحمد وأبو
 نور واسحاق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك للإمام أو لم يقتله ومن هؤلاء من
 جعل السلب له على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطاً ومنهم من قال لا يكون له السلب إلا إذا
 قتل مقبلاً غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من قال إنما يكون السلب للقاتل إذا كان القتل
 قبل معصية الحرب أو بعدها وأما أن يقتله في حين المعصية فليس له سلب وبه قال الأوزاعي
 وقال قوم أن استكثر الإمام السلب جاز أن ينجسه * وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه
 الصلاة والسلام يوم حنين بعد ما برد القتال من قتل قتيلاً فله سلبه أن يكون ذلك منه عليه
 الصلاة والسلام على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوى عنده
 أنه على جهة النفل من قبل أنه لم يثبت عنده أنه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولا قضى به إلا
 أيام حنين ولما رضى آية الغنime له أن حمل ذلك على الاستحقاق أعنى قوله تعالى (واعلموا أنما
 غنمتم من شيء) الآية فإنه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن الأربعة الأقسام واجبة
 للغانمين كما أنه لما نص على الثلث للام في الموارث علم أن الثلثين للاب قال أبو عمر وهذا
 القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال
 كنا لآن خمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج أبو داود عن عوف بن
 مالك الأشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالسلب للقاتل
 وخرج ابن أبي شيبة عن أنس بن مالك أن البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدار فقطعه
 طعنة على قربوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين ألفاً فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لا بي
 طلحة أنا كنا لآن خمس السلب وإن سلب البراء قد بلغ مالا كثيراً ولا أراني إلا خمسته قال قال
 ابن سيرين فحدثني أنس بن مالك أنه أول سلب خمس في الإسلام وبهذا تمسك من فرق
 بين السلب القليل والكثير واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ما وجد
 على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة .

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار فانهم اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال مشهورة ، أحدها ان ما استرد المسلمون من أيدي الكفار من أموال المسلمين فهو لأربابها من المسلمين وليس للفرقة المستتردين لذلك منها شيء ومن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه وأبو ثور ، والقول الثاني ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمته للجيش ليس لصاحبه منه شيء وهذا القول قاله الزهري وعمر بن دينار وهو مروي عن علي بن أبي طالب ، والقول الثالث ان ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلائمن وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالقيمة وهؤلاء انقسموا قسمين فبعضهم رأى هذا الرأي في كل ما استرده المسلمون من أيدي الكفار بأي وجهه صار ذلك الى أيدي الكفار وفي أي موضع صار ومن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى أيدي الكفار غلبة وحازوه حتى أوصلوه الى دار المشركين وبين ما أخذ منهم قبل أن يحوزوه ويبلغوا به دار الشرك فقالوا ما حازوه فحكمه ان ألقاه صاحبه قبل القسم فهو له وان ألقاه بعد القسم فهو أحق به بالئمن قالوا وأما ما لم يحزوه العدو بان يبلغوا دارهم به فصاحبه أحق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع واختلفا فهم راجع الى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم اذا غابوهم عليها أم ليس يملكونها * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس وذلك أن حديث عمر ان بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئاً وهو قال أغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا الأعضاء ناقرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رعى حتى أتت الأعضاء فانت ناقرة ذلولاً فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجها الله لتنحرنها فلما قدمت المدينة عرفت الناقرة فأتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال : بس ما جزيتها لا نذرتي الا يملك ابن آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهوانه غار له فرس فاخذها العدو فظهر عليه المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان . وأما الاثر الذي يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعني انه باع دوره التي كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام الى المدينة . وأما القياس فان من

شبه الاموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كحال
الباغى مع العادل أعنى انه لا يملك عليهم الا مدين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو
ضامن للشيء ان فاتت عينه وقد اجمعوا على أن الكفار غير ضامين لآموال المسلمين فلزم
عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا
وأما من فرق بين الحكم قبل الغنم وبعده وبين ما أخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بان صار
اليهم من تلقائه مثل العبد الا بق والقرس العائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس يجد
وسطا بين أن يقول اما أن يملك المشرك على المسلم شيئا أولا يملكه الا أن يثبت في ذلك دليل
سمعى لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحدث الحسن بن عماره عن عبد المالك بن
ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعير له كان المشركون قد أصابوه فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل أن يقسم فهو لك وان أصبته بعد القسم أخذه بالتقعة لكن
الحسن بن عماره مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث والذي عول عليه
مالك فيما أحسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له أخذه بالثمن بعد القسم على
ظاهر حديثه واستثناء ابى حنيفة أم الولد والمدر من سائر الاموال لا معنى له وذلك انه يرى ان
الكفار يملكون على المسلمين سائر الاموال ما عدا هذين وكذلك قول مالك في أم الولد
انه اذا أصابها مولاها بعد القسم ان على الامام ان يهديها فان لم يفعل أجبر سيدها على فدائها فان
لم يكن له مال أعطيت له وانبعه الذى خرجت في نصيبه بقيتها دينامتى أيسر هو قول أيضا ليس
له حظ من النظر لانه ان لم يملكها الكفار فقد يجب ان يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل
له عليها وأيضا فانه لا فرق بينها وبين سائر الاموال الا أن يثبت في ذلك سماع ومن هذا الاصل
أعنى من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أولا يملك اختلف الفقهاء في الكافر يسلم
ويبدد مال مسلم هل يصح له أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يصح له وقال الشافعى على أصله
لا يصح له واختلف مالك وأبو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص وأخذ مما
في أيديهم مال مسلم فقال أبو حنيفة هو أولى به وان أراد صاحبه أخذه بالثمن وقال مالك هو
الصاحبه فلم يجز على أصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحر بن يسلم ويهاجر ويترك في دار
الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز
تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فمنهم من قال لكل ما ترك حرمة
الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس

للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والاصل ان المبيح للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام: فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم فمن زعم ان ههنا مبيح للمال غير الكفر من تلك عدو أو غيره فعليه الدليل وليس ههنا دليل تعارض به هذه القاعدة والله أعلم.

(الفصل الخامس)

واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الارض عنوة فقال مالك لا تقسم الارض وتكون وقفاً يصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير الا ان يرى الامام في وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضي القسمة فان له ان يقسم الارض وقال الشافعي الارضون المفتوحة تقسم كما تقسم الغنائم يعني خمسة أقسام وقال أبو حنيفة الامام مخير بين ان يقسمها على المسلمين أو يضرب على أهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بأيديهم * وسبب اختلافهم ما يظن من التعارض بين آية سورة الانفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الانفال تقتضي بظاهرها ان كل ما غنم بخمس وهو قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم) وقوله تعالى في آية الحشر (والذين جاؤا من بعدهم) عطفاً على ذكر الذين أوجب لهم النفي * يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والأتين شركاء في النفي كما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال في قوله تعالى (والذين جاؤا من بعدهم) ما أرى هذا الا آية الا قد عمت الخلق حتى الراعي بكداء أو كلا ما هذا معناه ولذلك لم تقسم الارض اني افتتحت في أيامه عنوة من أرض العراق ومصر فمن رأى ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة لآية الانفال استثنى من ذلك الارض ومن رأى ان الآيتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رأى ان آية الانفال في الغنمة وآية الحشر في النفي * على ما هو الظاهر من ذلك قال تخمس الارض ولا بد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام: قسم خيبر بين الغزاة قالوا قالوا اجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذي يجري مجرى البيان للجملة فضلاً عن العام. وأما أبو حنيفة فانه ذهب الى التخيير بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالشرط ثم أرسل ابن رواحة فقا سألهم قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام

بالخيار بين القسمة والاقرار بأيديهم وهو الذي فعل عمر رضي الله عنه وان أساموا بعد الغلبة عليهم كان مخيراً بين المن عليهم أو قسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة أعني من المن وهذا إنما يصح على رأى من رأى أنه افتتحها عنوة فان الناس اختلفوا في ذلك وان كان الاصح أنه افتتحها عنوة لانه الذي خرج به مسلم وينبغي ان تعلم ان قول من قال ان آية النفي وآية الغنime محمولتان على الخيار وان آية النفي ناسخة لا آية الغنime أو مخصصة لها انه قول ضعيف جداً الا ان يكون اسم النفي والغنime بدلان على معنى واحد فان كان ذلك فلا آيتان متعارضتان لان آية الا نقال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة دون التخميس فوجب ان تكون احدهما ناسخة للآخرى أو يكون الامام مخيراً بين التخميس وترك التخميس وذلك في جميع الاموال المغنومة وذكر بعض أهل العلم انه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاه عن المذهب ويجب على مذهب من يريد ان يستنبط من الجمع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ما عدا الارض ان تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة ببعض ما في الاخرى أو ناسخة له حتى تكون آية الا نقال خصصت من عموم آية الحشر ما عدا الارضين فوجب فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الا نقال الارض فلم توجب فيها خمساً وهذا الدعوى لا تصح الا بدليل مع ان الظاهر من آية الحشر انها تضمنت القول في نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذي تضمنته آية الا نقال وذلك ان قوله تعالى «فما أوقفتم عليه من خيل ولا ركاب» هو تنبيه على العلة التي من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك اذ كانت توجد بالايحاف .

﴿ الفصل السادس في قسمة النفي ﴾

وأما النفي عند الجمهور فهو كل ما صار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير ان يوجف عليه بخيل أو رجل واختلف الناس في الجهة التي يصرف اليها فقال قوم ان النفي لجميع المسلمين التقير والغني وان الامام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في النوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولا خمس في شيء منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن أبي بكر وعمر وقال الشافعي بل فيه الخمس والخمس متسوم على الاصناف الذين ذكروا في آية الغنائم وهم الاصناف الذين ذكروا في الخمس بعينه من الغنime وان الباقي هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى

وأحسب ان قوما قالوا ان النفي غير محسوس ولكن يقسم على الاصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو أحد أقوال الشافعي فيما أحسب* وسبب اختلاف من رأى أنه يقسم جميعه على الاصناف الخمسة أو هو مصر وف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلافهم في قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك أعني ان من جعل ذكر الاصناف في الآية تنبيها على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الاصناف تعددا للذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى بهم هؤلاء الاصناف أعني انه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه وأما تخميس النفي فلم يقل به أحد قبل الشافعي وانما حمل على هذا القول انه رأى النفي قد قسم في الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس لانه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه القسمة تخص جميع النفي لاجزأ منه وهو الذي ذهب اليه فيما أحسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بنخيل ولا ركاب فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي يجعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك

* (الفصل السابع في الجزية) *

والكلام المحيط باصول هذا الفصل ينحصر في ست مسائل ، المسئلة الاولى ممن يجوز أخذ الجزية ، الثانية على أى الاصناف منهم تجب الجزية ، الثالثة كم يجب ، الرابعة متى تجب ومتى تسقط ، الخامسة كم أصناف الجزية ، السادسة فيماذا يصرف مال الجزية .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فاما من يجوز أخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز أخذها من أهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم واختلفوا في أخذها من لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتقاقتهم فيما حكى بعضهم انها لا تؤخذ من قرشي كنان وقد تقدمت هذه المسئلة .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي أى الاصناف من الناس تجب عليهم فانهم اتفقوا على انها إنما تجب بثلاثة أوصاف ، الذكورية ، والبلوغ ، والحرية وانما لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت إنما هي عوض من القتل والقتل إنما هو متوجه بالامر نحو الرجال البالغين اذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد واختلفوا في

أصناف من هؤلاء . منها في المجنون وفي المقعد . ومنها في الشيخ . ومنها في أهل الصوامع .
ومنها في الفقير هل يتبع بهادينا متى أسير أم لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت
شرعي * وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون أم لا أعني هؤلاء الأصناف .
﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي كم الواجب قاتهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك أن القدر الواجب
في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وذلك على أهل الذهب أربع مائة دينار وعلى أهل الورق
أربع مائة درهم ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه
وقال الشافعي أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب ما يصلحون عليه وقال
قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف إلى اجتهاد الإمام وبه قال الثوري وقال أبو حنيفة
وأصحابه الجزية اثنا عشر درهما وأربع مائة وعشرون درهما وثمانية وأربع مائة لا ينقص الفقير
من اثني عشر درهما ولا يزداد الغني على ثمانية وأربع مائة وعشرون درهما والوسط أربع مائة وعشرون درهما
وقال أحمد دينار أو عدله معافرا لا يزداد عليه ولا ينقص منه * وسبب اختلافهم اختلاف
الآثار في هذا الباب وذلك أنه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعث معاذاً إلى اليمن
وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافراً وهي ثياب باليمن وثبت عن عمر أنه ضرب
الجزية على أهل الذهب أربع مائة دينار وعلى أهل الورق أربع مائة درهم ومع ذلك أرزاق المسلمين
وضيافة ثلاثة أيام وروي عنه أيضاً أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على أهل السواد
ثمانية وأربع مائة وعشرين واثني عشر فن حمل هذه الأحاديث كلها على التخيير
وتمسك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى
الله عليه وسلم متفق على صحته وإنما ورد الكتاب في ذلك عاماً قال لا حد في ذلك وهو لا يظهر
والله أعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله محدود ولا حد لا كثره ومن
رجح أحد حديثي عمر قال أما بآبار بعين درهما وأربع مائة دينار وإما بثمانية وأربع مائة درهم وأربع مائة
وعشرين واثني عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لانه مرفوع قال دينار فقط أو عدله
معافراً لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه .

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهي متى تجب الجزية قاتهم اتفقوا على أنها لا تجب إلا بعد الحول
وانها تسقط عنه إذا أسلم قبل انقضاء الحول واختلفوا إذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل
تؤخذ منه جزية للحول الماضي بأسره أو لما مضى منه فقال قوم إذا أسلم فلا جزية عليه بعد
انقضاء الحول كان إسلامه أو قبل انقضائه وبهذا القول قال الجمهور وقالت طائفة إن أسلم

بعد الحول وجبت عليه الجزية وان أسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على انه لا تجب عليه قبل انتضاء الحول لان الحول شرط في وجوبها فاذا وجد الرفع لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب أعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وانما اختلفوا بعد انتضاء الحول لانها قد وجبت فن رأى ان الاسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثير أمن الواجبات قال تسقط عنه وان كان اسلامه بعد الحول ومن رأى انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثير أمن الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لا تسقط بعد انتضاء الحول * فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة أولا يهدمها .

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي كم أصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة أصناف جرية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها أعني التي تفرض على الحربيين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لافي الواجب ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وانما ذلك كله راجع الى الاتفاق الواقع في ذلك بين المسلمين وأهل الصلح الا أن يقول قائل انه ان كان قبول الجزية الصلحية واجبا على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدر ما اذا أعطاه من أنفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون أقلها محدودا وأكثرها غير محدود وأما الجزية الثالثة فهي العشرية وذلك أن جمهور العلماء على انه ليس على أهل الذمة عشر ولا زكاة أصلا في أموالهم الا ما روى عن طائفة منهم انهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بنى تغلب أعني انهم أوجبوا اعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة في شئ شئ من الاشياء التي تلزم فيها المسلمين الصدقة ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص فيما حكوا وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم في الاموال التي يتجرون بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة أو الاذن إن كانوا حاربين أم لا تجب إلا بالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء أن تجار أهل الذمة الذين لزمهم بالاقرار في بلد هم الجزية يجب أن يؤخذ منهم مما يجلبونه من بلد إلى بلد العشر إلا ما يسوقون الى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في وجوبه بالاذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر الواجب عنده نصا بلا حولا . وأما أبو حنيفة فاشتراط في وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور في كتاب الزكاة وقال الشافعي ليس يجب عليهم عشر أصلا

ولا نصف عشر في نفس التجارة ولا في ذلك شيء محدود الا ما صطلح عليه أو اشترط فعله هذا تكون الجزية المشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبي حنيفة تكون جنساً ثالثاً من الجزية غير الصلحية والتي على الرقاب * وسبب اختلافهم انه لم يأت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليها وانما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى أن فعل عمر هذا انما فعله بامر كان عنده في ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب أن يكون ذلك سنتهم ومن رأى أن فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لذكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم الا بالشرط وحكى أبو عبيد في كتاب الاموال عن رجل من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام لا أذكر اسمه الا أن انه قيل لهم كنتم تأخذون العشر من مشركي العرب فقال لانهم كانوا يأخذون منا العشر اذا دخلنا اليهم قال الشافعي وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وان شاورطوا على أكثر فحسن قال وحكم الحرب إذا دخل بامان حكم الذمى .

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي فيما اذا تصرف الجزية فانهم اتفقوا على انها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في النفي ء عند من رأى انه مصروف الى اجتهاد الامام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم النفي ء انما ينطلق على الجزية في آية النفي ء واذا كان الامر هكذا فالاموال الاسلامية ثلاثة اصناف ، صدقة ، وفيء ، وغنمة وهذا التقدير كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب

* (كتاب الايمان) *

وهذا الكتاب ينقسم أولاً الى جملتين ، الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان وأحكامها ، والجملة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة وأحكامها (الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول ، الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة ، وتميزها من غير المباحة الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة ، الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها

* (الفصل الاول) *

واتفق الجمهور على أن الأشياء منها ما يجوز في الشرع أن يقسم به ومنها ما لا يجوز أن يقسم به واختلفوا أي الأشياء هي الأشياء التي بهذه الصفة فقال قوم أن الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وإن الحالف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا إن الإيمان المباحة هي الإيمان بالله تنفرد على إباحة الإيمان التي باسمائه واختلفوا في الإيمان التي بصفاته وأفعاله * وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الأشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للأثر وذلك أن الله قد أقسم في الكتاب بأشياء كثيرة مثل قوله «والسما والطارق» وقوله «والنجم اذا هوى» إلى غير ذلك من الأقسام الواردة في القرآن وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأئكم من كان حالفا فليحلف بالله أولي صحت فمن جمع بين الأثر والكتاب بان قال إن الأشياء الواردة في الكتاب المنقسم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وإن التثنية ورب النجم ورب السماء قال الإيمان المباحة هي الحلف بالله فقط ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث إنما هو أن لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيسه: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأئكم وإن هذا من باب الخاص أريد به العام أجاز الحلف بكل معظم في الشرع فإذا سبب اختلافهم هو اختلافهم في بناء الآية والحديث. وأما من منع الحلف بصفات الله وبأفعاله فضعيف * وسبب اختلافهم هو هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط أو يعمد إلى الصفات والأفعال لكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط جمود كثير وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وإن كان مرويا في المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل والحديث نص في مخالفة هذا المذهب

* (الفصل الثاني) *

واتفقوا أيضا على أن الإيمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى (لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الإيمان) واختلفوا فيها هي اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها اليمين على الشيء يظن الرجل أنه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ما حلف عليه وقال الشافعي لغو اليمين ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل في أثناء المخاطبة لا والله لا بالله مما يجري على السنة بالعادة من غير أن يعتد لزومه وهذا القول رواه مالك في

الموطأ عن عائشة والقول الاول مروى عن الحسن بن ابى الحسن وقتادة ومجاهد وابراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال اسماعيل القاضي من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية روى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو أن يحلف الرجل على أن لا يأكل شيئاً مما حاله بالشرع * والسبب في اختلافهم في ذلك هو الاشتراك الذى فى اسم اللغو وذلك أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى (والغو فيه لعلكم تغلبون) وقد يكون الكلام الذى لا نعتقد عليه نية المتكلم به ويدل على أن اللغو فى الآية هو هذا ان هذه اليمين هى ضد اليمين المنعقدة وهى المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشيء المضاد والذين قالوا ان اللغو هو الحلف فى اغلاق أو الحلف على ما لا يوجب الشرع فيه شيئاً بحسب ما يعتقده فى ذلك قوم فأنما ذهبوا الى أن اللغو هنا يدل على معنى عرقى فى الشرع وهى الايمان التى بين الشرع فى مواضع أخرى سقوط حكمها مثل ما روى أنه: لا طلاق فى اغلاق وما أشبه ذلك لكن الاظهرهما القولان الاولان أعنى قول مالك والشافعى .

﴿ الفصل الثالث ﴾

(وفى هذا الفصل أربع مسائل)

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفاً على شئ ماض انه كان فلم يكن وهى التى تعرف باليمين الغموس وذلك اذا تعمد الكذب أو على شئ مستقبلى انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس فى اليمين الغموس كفارة وإنما الكفارة فى الايمان التى تكون فى المستقبل اذا خالف اليمين الحالف ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وقال الشافعى وجماعة تجب فيها الكفارة أى تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقطه فى غير الغموس * وسبب اختلافهم ما رضى عموم الكتاب للآثر وذلك أن قوله تعالى «ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين» الآية توجب أن يكون فى اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام: من اقطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب أن اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعى أن يستثنى من الايمان الغموسة ما لا يقتطع بها حق الغير وهو الذى ورد فيه النص أو يقول

ان الايمان التي يقتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والخنث فوجب أن لا تكون الكفارة تهدم الامر بن جميعاً وليس يمكن فيها أن تهدم الخنث دون الظلم لان رفع الخنث بالكفارة انما هو من باب التوبة وليس تتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب ورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلاف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودى أو نصرانى ان فعلت كذا ثم فعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعى ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضاً * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل تجوز اليمين بكل ماله حرمة أم ليس يجوز الا بالله فتط ثم ان وقعت فهل تعتقد أم لا فمن رأى ان الايمان المنعقدة أعنى التي هي بصيغ القسم انما هي الايمان الواقعة بالله عز وجل وباسمائهم قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تعتقد بكل ما عظم الشرع حرمة قال فيها الكفارة لان الحلف بالله عظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم يجب أن لا يترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه .

﴿المسئلة الثالثة﴾ واتفق الجمهور في الايمان التي ليست أقساماً مابشئ وانما تخرج مخرج الالزام الواقع بشرط من الشرط مثل ان يقول القائل فان فعلت كذا فعلى مشى الى بيت الله أو ان فعلت كذا وكذا فعلى حر أو امرأتى طالق انها تلزم في القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعق واختلافوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى أن لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ما حلف عليه اثم ولا بد وذهب الشافعى وأحمد وأبو عبيد وغيرهم الى ان هذا الجنس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعق وقال أبو ثور يكفر من حلف بالعق وقول الشافعى مروي عن عائشة * وسبب اختلافهم هل هي يمين أو نذر فمن قال انها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية ومن قال انها من جنس النذر أى من جنس الاشياء التي نص الشرع على انه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم اياها ايماناً لكن لعلمهم انما سموها ايماناً على طريق التجوز والتوسع والحق انه ليس يجب ان تسمى بحسب الدلالة اللغوية ايماناً فان الايمان في لغة العرب لها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالاشياء التي تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة اليمين فاما هل تسمى ايماناً بالعرف الشرعى وهل حكمها

حكم الايمان فقيه نظر وذلك انه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال: كفارة النذر كفارة عین وقال تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك) الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فظاهر هذا انه قد سمى بالشرع القول الذي مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الالتزام دون شرط ولا عین يمينا فيجب ان تحمل على ذلك جميع الاقاويل التي تجري هذا الجرى الا ما خصصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطى ان النذر ليس يمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه ليس يلزم من مثل هذه الاقاويل أعني الخارجة مخرج الشرط الا ما ألزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا بايمان فترفعها الكفار فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلى المشى الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف ما لو قال على المشى الى بيت الله لان هذا نذر باتفاق وقد قال عليه الصلاة والسلام: من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه * فسبب هذا الخلاف في هذه الاقاويل التي تخرج مخرج الشرط هو هل هي ايمان أو نذور أو ليست ايمانا ولا نذورا فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى .

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد ان كان كذا وكذا هل هو عین أم لا على ثلاثة أقوال، ف قيل انه ليس يمين وهو أحد قولى الشافعى، وقيل انها ايمان ضد القول الاول وبه قال أبو حنيفة، وقيل ان أراد الله بها فهو يمين وان لم يرده الله بها فليست يمين وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو دل المراسى اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار مفهومه بالعادة أو اعتبار النية فن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست يمين اذ لم يكن هنالك نطق بمسوم به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف ولا بد وهو الله تعالى ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحا لمرتين فرق في ذلك كما تقدم .

﴿الجملة الثانية﴾ وهذه الجملة تنقسم أولا قسمين . القسم الاول النظر في الاستثناء . والثانى النظر في الكفارات ﴿القسم الاول﴾ وفي هذا القسم فصلان، الفصل الاول في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين، الفصل الثانى في تعريف الايمان التى يؤثر فيها الاستثناء من التى لا يؤثر .

﴿الفصل الاول﴾

وأجمعوا على أن الاستثناء بالجملة له تأثير في حل الايمان واختلفوا في شروط الاستثناء الذى

يجب له هذا الحكم بعد ان أجمعوا على انه إذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط أن يكون متناسقاً مع اليمين وملفوظاً به ومقصوداً من أول اليمين انه لا ينعدم مع اليمين واختلوا في هذه الثلاثة مواضع أعني إذا فرق الاستثناء من اليمين أو نواه ولم ينطق به أو حدث له نية الاستثناء بعد اليمين وإن أتى به متناسقاً مع اليمين .

﴿فأما المسئلة الأولى﴾ وهي اشتراط اتصاله بالنسم فإن قوماً اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعي لا بأس بينهما بالسكته الخفيفة كسكته الرجل للتذكّر أو للتنفس أولاً لقطع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء أبداً على ما ذكر عنه متى ما ذكر وإنما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله في الأمر المحلوف على فعله ان كان فعلاً أو على تركه ان كان تركاً رافعاً لليمين لأن الاستثناء هو رفع للزوم اليمين قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال ان شاء الله لم يجز وإنما اختلفوا هل يؤثر في اليمين اذا لم توصل بها أولاً يؤثر لاختلف فهم هل الاستثناء حال للاعتقاد أم هو مانع له فإذا قلنا أنه مانع إلا باعتقاد لا حال له اشترط ان يكون متصل باليمين وإذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين انفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ما حكينا وقد احتج من رأى انه حال بالقرب بما رواه سعد بن سماك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله لا غزون قر بشأقها ثلاث مرات ثم سكت ثم قل ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الاعتقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالاً بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغني عن الكفارة والذي قالوه بين وأما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ أي لفظ كان من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو بتقييد المطلق هذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف اللفظ أي بما يدل عليه لفظ الأول ليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة * والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ أو باللفظ والنية معاً مثل الطلاق والعق واليمين وغير ذلك .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل أيضاً في المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص أو من مطلق

بتقييد فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقاً باليمين * وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد أو حال له فان قلنا انه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية في أول اليمين وان قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد أنكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية في أول اليمين للاتفاق وزعم على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء .

﴿ الفصل الثاني من القسم الاول ﴾

وقد اختلفوا في الايمان التي يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التي لا يؤثر فيها فقال مالك وأصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التي تكفر وهي اليمين بالله عندهم أو النذر المطلق على ماسياتي .
وأما الطلاق والعناق فلا يخلو ان يعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق أو العتق فتتط مثل ان يقول هي طالق ان شاء الله أو عتيق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يمينا وأما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهي طالق ان شاء الله أو ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله .

فاما القسم الاول فلا خلاف في المذهب أن المشيئة غير مؤثرة فيه

وأما القسم الثاني وهو اليمين بالطلاق ففي المذهب فيه قولان أحدهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح الذي علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال أبو حنيفة والشافعي الاستثناء يؤثر في ذلك كله سواء قرنه بالقول الذي مخرجه مخرج الشرط أو بالقول الذي مخرجه مخرج الخبر * وسبب الخلاف ما قلناه من ان الاستثناء هل هو حال أو مانع فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تأثير له فيه اذ قد وقع الطلاق أعني اذا قال الرجل لزوجته هي طالق ان شاء الله لان المانع انما يقوم لما يقع وهو المستقبل وان قلنا انه حال للعقد وجب أن يكون له تأثير في الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية إن الاستثناء في هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا ان يعتقدوا ان الاستثناء هو مانع لا حال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله .

* (القسم الثاني من الجملة الثانية) *

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد ، الفصل الاول في موجب الحنث وشروطه وأحكامه ،
الفصل الثاني في رافع الحنث وهي الكفارات ، الفصل الثالث متى ترفع وكتم ترفع

* (الفصل الاول) *

واتفقوا على أن موجب الحنث هو المخالفة لما اعتدت عليه اليمين وذلك إما فعل ما حلف على
ألا يفعله وإما ترك ما حلف على فعله إذا علم أنه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله إلى وقت
ليس يمكنه فيه فعله وذلك في اليمين بالترك المطلق مثل أن يحلف لنا كُنْ هذا الرغيف فياً كله
غيره أو إلى وقت هو غير الوقت الذي اشترط في وجود الفعل عنه وذلك في الفعل المشروط فعله
في زمان محدود مثل أن يقول والله لا فعان اليوم كذا وكذا فإنه إذا انقضى النهار ولم يفعل حنث
ضرورة واختلفوا من ذلك في أربعة مواضع ، أحدها إذا أتى بالمخالفة ناسياً أو مكرهاً ،
والثاني هل يتعلق موجب اليمين بأقل ما ينطلق عليه الاسم أو بجميعة ، والموضع الثالث هل
يتعلق اليمين بالمعنى المساوي لصيغة اللفظ أو بشهوده المخصص للصيغة والمنعم لها ، والموضع
الرابع هل اليمين على نية الخالف أو المستحلف

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ فان ملكا يرى السامى والمكره بمنزلة العامد والشافعى يرى
أن لا حنث على السامى ولا على المكره * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى « ولكن
يؤخذكم بما عقدتم الايمان » ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : رفع
عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن أن يخص كل واحد
منهما بصاحبه . وأما الموضع الثانى فمثل أن يحلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه أو أنه يفعل شيئاً
فلم يفعل بعضه - فعند مالك أنه إذا حلف ليأكل هذا الرغيف فأكل بعضه لا يبرأ إلا بأكله كله
وإذا قال لا آكل هذا الرغيف أنه يحنث أن أكل بعضه وعند الشافعى وأبى حنيفة أنه لا يحنث
في الوجهين جميعاً حملاً على الأخذ بما ذكرنا ما يدل عليه الاسم . وأما تفريق مالك بين الفعل
والترك فلم يجز في ذلك على أصل واحد لأنه أخذ في الترك بأقل ما يدل عليه الاسم وأخذ في
الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكانه ذهب إلى الاحتياط .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فمثل أن يحلف على شئ بعينه يفهم منه القصد إلى معنى أعم من
ذلك الشئ الذى لفظ به أو أخص أو يحلف على شئ وبنوى به معنى أعم أو أخص أو يكون

للشيء الذي حلف عليه اسمان، أحدهما القوي، والآخر عرْفِي وأحدهما أخص من الآخر
وأما إذا حلف على شيء بعينه فإنه لا يبحث عند الشافعي وأبي حنيفة إلا بالمخالفة الواقعة في ذلك
الشيء بعينه الذي وقع عليه الحلف وإن كان المفهوم منه معنى أعم أو أخص من قبل الدلالة
العرفية وكذلك أيضاً فيما أحسب لا يعتبرون النية المخالفة للفظ وإنما يعتبرون مجرد الالتقاط
فقط . وأما مالك فإن المشهور من مذهبه أن المعتبر أولاً عندَه في الإيمان التي لا يقضى على حالها
بموجبها هو النية فإن عُدَّت فقرينة الحال فإن عُدَّت فعرف اللفظ فإن عدم دلالة اللفظ
وقيل لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي فقط وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعى
العرف . وأما الإيمان التي يقضى بها على صاحبها فإنه إن جاء الحالف مستفتياً كان حكمه حكم
اليمين التي لا يقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الأشياء فيها على هذا الترتيب وإن كان مما
يقضى بها عليه لم يراعَ فيها إلا اللفظ إلا أن يشهد لما يدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة
الحال أو العرف .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ فإنهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في الدعاوى
واختلفوا في غير ذلك مثل الإيمان على المواضع فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية
المستحلف ونبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: اليمين على نية المستحلف وقال عليه
الصلاة والسلام: يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال
اليمين على نية الحالف فأنما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ وفي هذا الباب
فروع كثيرة لكن هذه المسائل الأربع هي أصول هذا الباب إذ يكاد أن يكون جميع
الاختلاف الواقع في هذا الباب راجعاً إلى الاختلاف في هذه وذلك في أكثر مثل
اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل رؤساً فأكل رؤس حيتان هل يبحث أم لا فن راعى العرف
قال لا يمينت ومن راعى دلالة اللفظ قال يبحث ومثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل لحماً
فأكل شحمًا فن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقي قال لا يبحث ومن رأى أن اسم الشيء قد ينطلق
على ما يتولد منه قال يبحث وبالجملة فاختلافهم في المسائل الفرعية التي في هذا الباب هي
راجعة إلى اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة إلى اختلافهم في دلالات الالتقاط
التي يحلف بها وذلك أن . منها ما هي مجابة . ومنها ما هي ظاهرة . ومنها ما هي نصوص .

* (الفصل الثاني) *

واتفقوا على ان الكفارة في الايمان هي الاربعة الانواع التي ذكر الله في كتابه في قوله تعالى (فكفارتها) الآية وجمهورهم على أن الخالف اذا حنث مخير بين اثلاثه منها أعنى الاطعام أو الكسوة أو العتق وانه لا يجوز له الصيام الا اذا عجز عن هذه اثلاثه لقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) الا ما روى عن ابن عمر انه كان اذا غلظ اليمين أعتق أو كساوا اذا لم يغلظها أطعم واختلفوا من ذلك في سبع مسائل مشهورة . المسألة الاولى في مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين الثانية في جنس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها . الثالثة في اشتراط التابع في صيام اثلاثه الايام أولا اشتراطه . الرابعة في اشتراط العدد في المساكين الخامسة في اشتراط الاسلام فيهم والحرية السادسة في اشتراط السلامة في الرقبة المعتقة من العيوب السابعة في اشتراط الايمان فيها

● المسألة الاولى ● أما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعي وأهل المدينة يعطى لكل مسكين مد من حنطة بمد النبي صلى الله عليه وسلم الا ان مالك قال المد خاص بأهل المدينة فقط لضيق معاشهم وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم يجزى المد في كل مدينة مثل قول الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه يعطهم نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعير أو تمر قل فن غداهم وعشاهاهم أجزاء * والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في تأويل قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) هل المراد بذلك أكلة واحدة أو قوت اليوم وهو غداء وعشاء فمن قال أكلة واحدة قال انه لوسط في الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع ولا اختلافهم أيضا سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة انفطر متعمدا في رمضان وبين كفارة الاذى فمن شبهها بكفارة انفطر قل مد واحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبر في ذلك ادام أم لا وإن كان : فهو الوسط فيه فقيل يجزى الخبر قنارا وقال ابن حبيب لا يجزى وقيل الوسط من ادام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر واختلف أصحاب مالك من اهل الذين أضاف اليهم الوسط من الطعام في قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) فقيل أهل المكفر وعلى هذا التاخير الوسط من الشيء الذي منه يعيش ان قطنية ففطنية وان حنطة فحنطة وقيل بل هم أهل البلد الذي هو فيه وعلى

هذا فالمتبر في اللازم له هو الوسط من عيش أهل البلد لا من عيشه أعني الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعني الوسط من قدر ما يطعم أهله أو الوسط من قدر ما يطعم أهل البلد أهلهم إلا في المدينة خاصة .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي المجزئ من الكسوة فإن مالكا رأى ان الواجب في ذلك هو أن يكسى ما يجزئ فيه الصلاة فإن كسا الرجل كسا ثوبا وإن كسا النساء كسا ثوبا بين درعا وخمارا وقال الشافعي وأبو حنيفة يجزئ في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم أزار أو قميص أو سراويل أو عمامة وقال أبو يوسف لا تجزئ العمامة ولا السراويل * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ بأقل دلالة الاسم الغوى أو المعنى الشرعي .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي اختلافهم في اشتراط تتابع الايام اثلاثة في الصيام فإن مالكا والشافعي لم يشترطا في ذلك وجوب التتابع وإن كانا استجبا واشترط ذلك أبو حنيفة * وسبب اختلافهم في ذلك شيان . أحدهما هل يجوز العمل بالنزاهة التي ليست في المصحف وذلك ان في قراءة عبد الله بن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات ، والسبب الثاني اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل اذا كان الاصل في الصيام الواجب بالشرع انما هو التتابع .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي اشتراط العدد في المساكين فإن مالكا والشافعي قالا لا يجزئ الا أن يطعم عشرة مساكين وقال أبو حنيفة ان أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام أجزأه * والسبب في اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقد ربا العدد المذكور فإن قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط العدد وإن قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزأ من ذلك اطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي اشتراط الاسلام والحرية في المساكين فإن مالكا والشافعي اشترطاهما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة * وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالقر فقط أو بالاسلام اذا كان السمع قد أنبأ أنه يثاب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الاسلام في المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التي تكون عن تطوع أجزأ أن يكونوا غير مسلمين * وأما سبب اختلافهم في العبيد فهو هل يتصور فيهم وجود الفقر أم لا اذا كانوا مكفيين من ساداتهم في غالب

الاحوال أو ممن يجب أن يكفوا من راعى وجود التفرقة فقط قال العبيد والاحرار سواء اذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيدد ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد اتيام بهم ويتضى بذلك عليه وان كان معسراضى عليه بيعة فليس يحتاجون الى المعونة بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات .

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي هل من شرط الرقبة أن تكون سلمية من العيوب فان فقهاء الامصار شرطوا ذلك أعنى العيوب المؤثرة فى الايمان وقال أهل انظار ليس ذلك من شرطها وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل ما يدل عليه الاسم أو باسم ما يدل عليه ﴿وأما المسئلة السابعة﴾ وهي اشتراط الايمان فى الرقبة أيضاً فان مالك والشافعى اشترطا ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على القيد فى الاشياء التى تنفق فى الاحكام وتختلف فى الاسباب كحكم حال هذه الكذارات مع كفارة انظهار فمن قال يحمل المطاق على القيد فى ذلك قال باشتراط الايمان فى ذلك حملا على اشتراط ذلك فى كفارة انظهار فى قوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) ومن قال لا يحمل وجب عنده أن يبقى موجب اللفظ على اطلاقه .

﴿الفصل الثالث﴾

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وعجوه فانهم اختلفوا فى ذلك فقال الشافعى اذا كفر بعد الحنث أو قبله فتدارفع الائم وقال أبو حنيفة لا يرفع الحنث الا بالتكفير الذى يكون بعد الحنث لا قبله وروى عن مالك فى ذلك القولان جميعاً وسبب اختلافهم شيان، أحدهما اختلاف الرواية فى قوله عليه الصلاة والسلام: من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه فنقوم أو وههكذا وقومروه فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية أنها بعد الحنث * والسبب الثانى اختلافهم فى هل يجزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه من انظار أن الكفارة انما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل أن يقول ان الكفارة انما تجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال فى كفارة انظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع أو مائة له فمن قال مائة أجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يحزها الا بعد وقوعه . وأما تعدد الكفارات

بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيها علمت أن من حلف على أمور شتى بيمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما أحسب لا خلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شئ واحد ان الكفارات الواجبة في ذلك بتعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على أشياء شتى واختلفوا اذا حلف على شئ واحد بعينه مراراً كثيرة فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم في كل يمين كفارة الا ان يريد اثباتاً كيداً وحقول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الا ان يريد التغليظ * وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس أو بالعدد فن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كررت ومن قال اختلافها بالجنس قال في هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف في يمين واحدة بما كثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تعدد الكفارات بتعدد الصفات التي تضمنت اليمين أم في ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة في هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان اراد الكلام الاول وجاء بذلك على انه قول واحد فكفارة واحدة اذ كانت يميناً واحدة * والسبب في اختلافهم هل مراعاة الوحدة أو الكثرة في اليمين هو راجع الى صيغة القول أو الى تعدد الاشياء التي يشتمل عليها القول الذي مخرجه مخرج يمين فن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدداً تضمنته صيغة القول من الاشياء التي يمكن أن يقسم بكل واحد منها على افراده قال الكفارة متعددة بتعدد هذا وهذا القدر كف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف والله المعين برحمته .

— ❦ كتاب النذور ❦ —

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في أحواف النذور ، الفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجملة أحكامها ، الثالث في معرفة النذر الذي يلزم عنها وأحكامها

— ❦ الفصل الاول ❦ —

والنذور تنقسم أولاً قسمين ، قسم من جهة اللفظ ، وقسم من جهة الاشياء التي تنذر . فاما من جهة اللفظ فانه ضربان . مطلق وهو المخرج مخرج الخير . ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين . مصرح فيه بالشئ المنذور به . وغير مصرح . فالاول مثل قول القائل

لله على نذر أن أحج . والثاني مثل قوله لله على نذر دون أن يصرح بمخرج النذر والاول ربما صرح فيه بلفظ النذر وربما لم يصرح فيه به مثل أن يقول لله على أن أحج . وأما المقيد بالمخرج فمخرج الشرط فكذلك القائل أن كان كذا فعلى لله نذر كذا وأن أفعل كذا وهذا ربما علقه بفعل من أفعال الله مثل أن يقول أن شفى الله مريضاً فعلى نذر كذا وكذا وربما علقه بفعل نفسه مثل أن يقول أن فعلت كذا فعلى نذر كذا وهذا هو الذي يسميه الفقهاء إيماناً وقد تقدم من قولنا أنها ليست بإيمان فهذه هي أصناف النذر من جهة الصيغ . وأما أصنافه من جهة الأشياء التي من جنس المعاني المنذورة بإفائها تنقسم إلى أربعة أقسام . نذر بأشياء من جنس القرب . ونذر بأشياء من جنس المعاصي . ونذر بأشياء من جنس المنكر وهات . ونذر بأشياء من جنس المباحات وهذه الأربعة تنقسم قسمين ، نذر بتركها ، ونذر بفعلها

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يلزم من هذه النذور وما لا يلزم فنتهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق في القرب إلا ما حكى عن بعض أصحاب الشافعي أن النذر المطلق لا يجوز وإنما اتفقوا على لزوم النذر المطلق إذا كان على وجه الرضا لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا إذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحاً بالشيء المنذور أو كان غير مصرح وكذلك أجمعوا على لزوم النذر الذي مخرجه مخرج الشرط إذا كان نذراً بقرينة وإلّا صار واجباً للوجوب النذر لعموم قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا آمنوا أوفوا بالعقود » ولأن الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر وأخير بوقوع العقاب بنقضه فقال « ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله » الآية إلى قوله « بما كانوا يكذبون » * والسبب في اختلافهم في التصريح بلفظ النذر في النذر المطلق هو اختلافهم في هل يجب النذر بالنية واللفظ معاً ، أو بالنية فقط . فن قال بهم إماماً إذا قال لله على كذا وكذا لم يقل نذراً لم يلزمه شيء لانه أخبار بوجوب شيء لم يوجب الله عليه إلا أن يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينقض النذر وإن لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك أعني أنه إذا لم يصرح بلفظ النذر أنه يلزم وإن كان من مذهبه أن النذر لا يلزم إلا بالنية واللفظ لكن رأى أن حذف لفظ النذر من القول غير معتبر إذ كان المقصود بالاقاويل التي مخرجه مخرج النذر النذر وإن لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه أن يكون من لم يلزم من النذر المطلق إنما فعل ذلك من قبل أنه حمل

الامر بالوفاء على الندب وكذلك من اشترط فيه الرضا فانما اشترطه لان القرينة انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي . وأما مالك فالنذر عنده لازم على أى جهة . فقع فهذا ما اختلفوا في لزومه من جهة اللفظ . وأما ما اختلفوا في لزومه من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتين .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعي وجمهور العلماء ليس يلزمه في ذلك شيء وقال أبو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل المعصية * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك انه روى في هذا الباب حديثان ، أحدهما حديث عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لا يلزم النذر بالعصيان ، والحديث الثاني حديث عمران بن حصين وحديث أبي هريرة الثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص في معنى اللزوم فمن جمع بينهما في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لا تلزم وهذا الثاني تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصرح عنده حديث عمران وأبي هريرة قال ليس يلزم في المعصية شيء ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين اوجب في ذلك كفارة يمين قال أبو عمر بن عبد البر ضعف أهل الحديث حديث عمران وأبي هريرة قالوا لان حديث أبي هريرة يدور على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وأبوه مجهول لم يرو عنه غير ابنه وزهير أيضاً عنده مناكير ولكنه خرجته مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية أن يحجبوا لما لك في هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً قائماً في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فأمره ان يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد أخبر الله انه نذر مرهم وكذلك يشبهه أن يكون القيام في الشمس ليس بمعصية الا ما يتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص فالاصل فيه انه من المباحات .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئاً من المباحات فقال مالك لا يلزم ما عدا الزوجة وقال أهل الظاهر ليس في ذلك شيء وقال أبو حنيفة في ذلك كفارة يمين *

وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتنى مرضاة أزواجك » وذلك ان النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي اعني من تحريم محلل أو تحليل محرم وذلك ان التصرف في هذا انما هو للشارع فوجب أن يكون المحل كان هذا المفهوم أن من حرم على نفسه شيئا أباحه الله له بالشرع انه لا يلزمه كما لا يلزم ان نذر تحليل شيء حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) إثر العتب على التحريم يوجب ان تكون الكفارة تحل هذا العتد وإذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الأولى تأولت التحريم المذكور في الآية انه كان العقديمين وقد اختلف في الشيء الذي نزلت فيه هذه الآية وفي كتاب مسلم ان ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس انه قال: اذا حرم الرجل عليه امراته فهو عيمين يكفرها وقال « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة »

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اختلافهم فيما إذا يلزم في نذر نذر من النذور واحكام ذلك فان فيه اختلافا كثيرا لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل في ذلك وهي التي تتعلق أكثر ذلك بالنطق الشرعي على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يعين فيه الناذر شيئا سوى أن يقول لله على نذر فتال كثير من العلماء في ذلك كفارة عيمين لا غير وقال قوم بل فيه كفارة الظهار وقال قوم أقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم أو صلاة ركعتين وإِنما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عتبة بن عامر أنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة عيمين خرجه مسلم . وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين فانهما ذهب مذهب من يرى ان المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطلق عليه اسم النذر . وأما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس والسمع .

(المسئلة الثانية) اتفقوا على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله أعني اذا نذر المشي راجلا واختلفوا إذا عجز في بعض الطريق فتال قوم لا شيء عليه وقال قوم عليه واختلفوا فيما إذا عليه على ثلاثة أقوال فذهب أهل المدينة إلى أن عليه أن يمشي مرة أخرى من حيث عجز وان شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروي عن علي وقال أهل مكة عليه هدى دون إعادة مشي وقال مالك عليه الامر ان جميعاً يعني انه يرجع فبشي من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده

بدنة أو بقرة أو شاة لم يجز بدنة أو بدنة * وسبب اختلافهم منازعة الأصول لهذه المسئلة ومخالفة الآثار وذلك أن من شبه العاجز إذا مشى مرة ثانية بالمتع والقارن من أجل أن القارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين قال يجب عليه هدى القارن أو المتع ومن شبهه بسائر الأفعال التي تنوب عنها في الحج أراقة الدم قال فيه دم ومن أخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال إذا عجز فلا شيء عليه قال أبو عمر والسنن الواردة الثابتة في هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال واحدنا حديث عتبة ابن عامر الجهني قال: نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله عز وجل فامرنتني أن أستغني لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستغنيت لها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لتمش ولتركب خروجه مسلم وحديث أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يهادي بين ابنتيه فسألهم عنه فقالوا نذر أن يمشي فقال عليه الصلاة والسلام: إن الله لغني عن تعذيب هذا نفسه وامرء أن يركب وهذا أيضاً ثابت .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي في حج أو عمرة فيمن نذر أن يمشي إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو إلى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشي وقال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وحيث صلى أجزأه وكذلك عنده أن نذر الصلاة في المسجد الحرام وإنما وجب عنده أن يمشي بالنذر إلى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال أبو يوسف صاحبه من نذر أن يصلي في بيت المقدس أو في مسجد النبي عليه الصلاة والسلام لزمه وأن يصلي في البيت الحرام أجزأه عن ذلك وأكثر الناس على أن النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تسرج المطى إلا لثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس إلى أن النذر إلى المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التي نذرت أن تمشي إلى مسجد قباء فسألت أن يمشي عنها * وسبب اختلافهم في النذر إلى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذي إليه تسرج المطى إلى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع صلاة الفرض فيما عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لا ينذر إذا كان واجبا بالشرع قال النذر بالمشي إلى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب أو أنه أيضاً قد يتصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام: صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف

صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب لكن ابو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيراً الى الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام صلاة أحدكم في بيته أفضل من صلاته في مسجدى هذا الا المكتوبة والا وقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هي أن تكون من الباب الثاني أحق أن تكون من هذا الباب .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحر ابنه في مقام إبراهيم فقال مالك ينحرجز ورافدائه وقال أبو حنيفة ينحر شاة وهو أيضاً مروى عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدي ديتته وروى ذلك عن علي وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الليث وقال أبو يوسف والشافعي لاشئ عليه لانه نذر معصية ولا نذر في معصية وسبب اختلافهم قصة إبراهيم عليه الصلاة والسلام أعنى هل ما تقرب به إبراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بل لازم فمن رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم قال لا يلزم النذر ومن رأى أنه لا يلزم لنا قال النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق الى هذا خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل أنه كان خاصاً بإبراهيم ولم يكن شرعاً لاهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغي أن يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع والذين قالوا أنه شرع انما اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم أيضاً في هل يحمل الواجب في ذلك على الواجب على إبراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بديتته واما حج به واما هدى بدنة وأما الذين قالوا مائة من الابل فذهبوا الى حديث عبدالمطلب .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ وانفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل من سبل البر أنه يلزمه وأنه ليس برفع الكفارة وذلك اذا كان نذراً على جهة الخير لا على جهة الشرط وهو الذي يسمونه يميناً واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول مالي للمساكين ان فعات كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخير ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك في النذور التي صيغها هذا الصيغة أعنى أنه لا كفارة فيه وقال قوم الواجب في ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعي في النذور التي مخرجها مخرج الشرط لانه ألحقها بحكم الايمان وأما مالك فألحقها بحكم النذور على ما تقدم من قولنا في كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذي اعتقدوا اختلافوا في الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال إبراهيم النخعي وزفر وقال أبو حنيفة يخرج جميع الاموال التي تحب الزكاة فيها وقال بعضهم ان أخرج مثل زكاة ماله

أجزأه وفي المسألة قول خامس وهو ان كان المال كثيرا أخرج خمسة وان كان وسطا أخرج سبعة وان كان يسيرا أخرج عشرة وحده هؤلاء الكثير بالقين والوسط بالقي والقليل بخمسةائة وذلك مروى عن قتادة * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعنى من قال المال كله أو ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب للآثر وذلك أن ما جاء في حديث أبى لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يحزبك من ذلك الثلث هو نص في مذهب مالك . وأما الاصل فيوجب أن اللازم له انما هو جميع ماله حملا على سائر النذر أعنى انه يجب الوفاء به على الوجه الذى قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناءها النص الا أن مالك لم يلزم في هذه المسئلة أصلا وذلك أنه قال ان حاف أو نذر شيئا معينا لزمه ان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزأ من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا يخالف لنص ما رواه في حديث أبى لبابة وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى جاء بمثل بيضة من ذهب فقال أصبت هذا من معدن فخذها فهي صدقة ما أملك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن عيينه ثم عن يساره ثم من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذف بها نلوا أصابه لأوجعه وقال عليه الصلاة والسلام : يأتي أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خيرا الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في انه لا يلزم المال المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله وامل مالك لم تصح عنده هذه الآثار . وأما سائر الاقوال التى قيلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حدى ذلك غير الثلث وهذا التدركاف في أصول هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ كتاب الضحايا ﴾

وهذا الكتاب في أصوله أربعة أبواب . الباب الاول في حكم الضحايا ومن المخاطب بها ، الباب الثانى في أنواع الضحايا وصفاتها وأستانها وعددها ، الباب الثالث في أحكام الذبى ، الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا .

﴿ الباب الاول ﴾

اختلف العلماء في الاضحية هل هى واجبة أم هى سنة فذهب مالك والشافعى الى انها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج فى تركها بمنى ولم يفرق الشافعى فى ذلك بين الحاج وغيره

وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الأمصار والموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول أبي حنيفة * وسبب اختلافهم شيان، أحدهما دل فعله عليه الصلاة والسلام في ذلك محمول على الوجوب أو على الندب وذلك انه لم يترك صلى الله عليه وسلم الفحجة قط فيما روى عنه حتى في السفر على ما جاء في حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أضحيته ثم قال أبو ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم أزل أطمعه منها حتى قدم المدينة . والسبب الثاني اختلافهم في مفهوم الأحاديث الواردة في أحكام الضحايا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أم سلمة انه قال اذا دخل العشر فإراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره شيئاً ولا من أظفاره فالواقع له اذا أراد أحدكم أن يضحي فيه دليل على ان الضحية ليست بواجبة ولم أمر عليه الصلاة والسلام لابي بردة باعادة أضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس أن لا وجوب قال عكرمة بعثني ابن عباس بدرهمين اشتري بهما له لحماً وقال من لقيت ذتل له هذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال انه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد في الغرض الذي يحتاج به فيه فلا يحتاج به ضعيف واختلفوا هل يلزم الذي يريد التضحية أن لا يأخذ في العشر الاول من شعره وأظفاره والحديث بذلك ثابت

(الباب الثاني)

وفي هذا الباب أربع مسائل مشهورة، احدها في تمييز الجنس، والثانية في تمييز الصفات، والثالثة في معرفدة السن، والرابعة في العدد،

*(المسئلة الاولى) * أجمع العلماء على جواز التضحايا من جميع بهيمة الانعام واختلفوا في الافضل من ذلك فذهب مالك الى ان الافضل في التضحايا الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الا مرعنده في الهدايا وقد قيل عنه الابل ثم البقر ثم الكباش وذهب الشافعي الى عكس ما ذهب اليه مالك في التضحايا الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال أشهب وابن شعبان * وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل العمل وذلك انه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه ضحى الا بكباش فكان ذلك دليلاً على ان الكباش في التضحايا أفضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفي البخاري عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى . وأما القياس فلان التضحايا قر بتحيوان فوجب أن يكون الافضل فيها

الأفضل في الهدايا وقد احتج الشافعي مذهبه بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: من راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أحيث فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان . وأما ما لك فعمله على الهدايا فقط لتلا يعارض الفعل القول وهو الأولى وقد يمكن أن يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذي فدى به إبراهيم سنة باقية إلى اليوم وإنما الاضحية وان ذلك معنى قوله وزكنا عليه في الآخرين فمن ذهب إلى هذا قال الكبش أفضل ومن رأى أن ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على أن الكبش أفضل مع أنه قد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالأميرين جميعاً وإذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير إلى قول الشافعي وكلهم مجمعون على أنه لا تجوز الاضحية بغير بهيمة إلا نعام إلا ما حكى عن الحسن ابن صالح أنه قد تجوز الاضحية ببقرة الوحش عن سبعة والطبي عن واحد .

﴿المسئلة الثانية﴾ أجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها في الضحايا والمر يضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى (١) مصير الحديث البراء بن عازب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربع وكن البراء بشير بيده ويقول يدي أقصر من يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمر يضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى وكذلك أجمعوا على أن ما كان من هذه الأربع خفيفاً فلا تأثير له في منع الأجزاء واختلفوا في موضعين ، أحدهما فيما كان من العيوب أشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى وكسر الساق ، والثاني فيما كان مساوياً لها في إفادة النقص وشبهها أعنى ما كان من العيوب في الأذن والعين والذنب والضرس وغير ذلك من الأعضاء ولم يكن يسيراً . فاما الموضع الأول فإن الجمهور على أن ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهي أخرى أن تمنع الأجزاء وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا تمنع الأجزاء ولا يتجنب بالجملة أكثر من هذه العيوب التي وقع النص عليها * وسبب اختلافهم هل هذا الملتظ الوارد هو خاص أو يذهب الخصوص أو خاص أو يذهب العموم فمن قال أن يذهب الخصوص ولذلك أخبر بالعدد قال لا يمنع الأجزاء إلا هذه الأربعة فقط ومن قال هو خاص أن يذهب العموم وذلك من النوع الذي يقع فيه التنبيه بالادنى على الأعلى قال ما هو أشد من المنصوص عليها فهو أخرى أن لا يحزى ، وأما الموضع الثاني أعنى ما كان من العيوب في سائر الأعضاء مفيد للنقص على

نحو افادة هذه العيوب المنصوص عليها فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها انها يمنع الاجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك في الكتب المشهورة والقول الثاني انها لا تمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من أصحاب مالك ، والقول الثالث انها لا تمنع الاجزاء ولا يستحب تجنبها وهو قول أهل الظاهر * وسبب اختلاف فهم شيخان ، أحدهما اختلاف فهم في مفهوم الحديث المتقدم ، والثاني تعارض الآثار في هذا الباب . أما الحديث المتقدم فمن رأ من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يمنع ما سوى الاربع مما هو مساو لها أو أكثر منها . وأما من رأ من باب الخاص أريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده انه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق به هذه الاربع ما كان أشد منها ولا يلحق بهما ما كان مساوياً لها في منع الاجزاء الاعلى وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الامرين جميعاً أعنى على ما هو أشد من ان تطوق به أو مساو له قال تمنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها الاجزاء كما يمنع العيوب التي هي أكبر منها فهذا هو أحد أسباب الخلاف في هذه المسئلة وهو من قبل تردد اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فأى عام هو هل الذى هو أكثر من ذلك أو الذى هو أكثر والمساوى معاً على المشهور من مذهب مالك . وأما السبب الثاني فانه ورد في هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائي عن أبي بردة انه قال يا رسول الله أكره التنصيص يكون في القرن والاذن فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما كرهته فدعه ولا تحرمه على غيرك وذكر علي بن أبي طالب قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا بضحي بشرقاء ولا خرقاء ولا مدبرة ولا بترء والشرقاء المشقوقاة الاذن والخرقاء المنقوبة الاذن والمدبرة التي قطع من جنبتي أذنها من خلف فمن رجح حديث أبي بردة قال لا يتقى الا العيوب الاربع أو ما هو أشد منها ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث أبي بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث على الكثير الذى هو بين الحق بحكم المنصوص عليها ما هو مساو لها ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر في ذهاب الاسنان واطباء الثدى وأما القرن فان مالك قال ليس ذهاب جزء منه عيباً الا أن يكون يدمى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف

في أن المرض البين يمنع الاجزاء وخرج أبو داود والنبي عليه الصلاة والسلام : نهى عن أعصب الاذن والقرن واختلفوا في الصكاء وهي التي خلقت بلا اذنين فذهب مالك والشافعي الى انها لا تجوز وذهب أبو حنيفة الى انه اذا كان خلقة جاز كالاجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله أو أكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ما قدمنا واختلفوا في الا بتر فتقوم أجازوه لحديث جابر الجعفي عن محمد بن قرظة عن أبي سعيد الخدري انه قال اشتريت كبشاً لا ضحى به فاكل الذئب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح به وجابر عند أكثر المحدثين لا يحتاج به وقوم أيضاً منعه لحديث علي المتقدم .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي معرفة السن المشترطة في الضحايا فانهم أجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المعز بل الثني فما فوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرد قلما امره بالاعادة : يحزبك ولا يحزى جذع عن أحد غيرك واختلفوا في الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل اثني من الضأن * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن أخرجه مسلم والعموم هو ما جاء في حديث أبي بردة بن نيار أخرجه من قوله عليه الصلاة والسلام : ولا يحزى جذعة عن أحد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب أبي محمد بن حزم في هذه المسئلة لانه زعم ان أبا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم هو من ليس تجري العنة من قوله بجري المسند لتساعه في ذلك وحديث أبي بردة لا مطمئن فيه . وأما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ما هو المشهور عند جمهور الأصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المتصوص عليها وهو الاولى وقد صحح هذا الحديث أبو بكر بن صفور (١) وخطأ أبو محمد بن حزم فيما نسب الى أبي الزبير في غالب ظني في قول له رد فيه على ابن حزم .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي عدد ما يحزى من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البدنة مضحياً عن نفسه وعن أهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا وأجاز الشافعي وأبو حنيفة وجماعة ان ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحياً أو مهدياً أو أجمعوا على ان الكبش لا يحزى الا عن واحد الا مار واد مالك من انه يحزى أن يذبحه الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لا على

جهة الشركة بل اذا اشتراه منفرداً وذلك لما روى عن عائشة انها قالت : كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ما هو فقالوا اخي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وخاله في ذلك أبو حنيفة والثوري على وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء * وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للقياس المبني على الاثر الوارد في الهدايا وذلك ان الاصل هو أن لا يحزى الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك في الضمان وانما قلنا ان الاصل هو أن لا يحزى الا واحد عن واحد لان الامر بالتضحية لا يتبعض اذ كان من كان له شرك في نحية ليس ينطلق عليه اسم مضح الا ان قام الدليل الشرعي على ذلك . وأما الاثر الذي انبنى عليه القياس المعارض لهذا الاصل فيمارى عن جابر انه قال . نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة وفي بعض روايات الحديث : سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة فقام الشافعي وأبو حنيفة الضحايان في ذلك على الهدايا . وأما مالك فرجح الاصل على القياس المبني على هذا الاثر لانه اعتل حديث جابر بان ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدى المحصر بعد ليس هو عنده واجباً وانما هو تطوع وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك في الهدى الواجب لكن على القول بان الضحايان غير واجبة فتدعى قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم انه لا يجوز الاشتراك لا في هدى تطوع ولا في هدى وجوب وهذا كانه رد للحديث لكان مخالفة للاصل في ذلك وأجمعوا على انه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة وان كان قدر روى من حديث رافع بن خديج ومن طرأ بق ابن عباس وغيره البدنة عن عشرة وقال الطحاوي واجماعهم على انه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة دليل على ان الآثار في ذلك غير صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته في أضحيته أو هديه لما رواه عن ابن شهاب انه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته الا بدنة واحدة أو بقرة واحدة وانما خولف مالك في الضحايان في هذا المعنى أعني في التشريك لان الاجماع انعقد على منع التشريك فيه في الجانب فوجب أن يكون الاقارب في ذلك في قياس الجانب وانما فرق مالك في ذلك بين الجانب والاقارب لقياسه الضحايان على الهدايا في الحديث الذي احتج به اعني حديث ابن شهاب فاختلفا في هذه المسئلة اذا راجع الى تعارض القيسة في هذا الباب اعني إما الحاق الاقارب بالاجانب وإما قياس الضحايان على الهدايا

(الباب الثالث)

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر في الوقت والذبح . اما الوقت فانهم اختلفوا فيه في ثلاثة مواضع في ابتداءه وفي انتهائه وفي الليالي المتحللة له . فاما في ابتداءه فانهم اتفقوا على ان الذبح قبل الصلاة لا يجوز لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من ذبح قبل الصلاة فانما هي شاة لحم وأمره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله : أول ما نبدا به في يومنا هذا هو ان نصلي ثم ننحر الى غير ذلك من الآثار الثابتة اتى في هذا المعنى واختلفوا فمن ذبح قبل ذبح الامام وبعد الصلاة فذهب مالك الى انه لا يجوز لا حد ذبح اضحيته قبل ذبح الامام وقال أبو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الامام * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه جاء في بعضها ان النبي عليه الصلاة والسلام امر لمن ذبح قبل الصلاة ان يعيد الذبح وفي بعضها انه امر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد خرج هذا الحديث الذي فيه هذا المعنى مسلم فن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام في جواز الذبح ومن جعل ذلك موطناً واحداً قال انما يعتبر في اجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية في حديث أبي بردة بن نيار وذلك ان في بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفي بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوى أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد أولى وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر في عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث أنس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يحزى لانه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبين ونص حديث أنس هذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر : من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من اهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح أقرب الائمة اليهم وقال الشافعي يتحرون قدر ان الصلاة والخطبة ويذبحون وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر أجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام في المصلي فقال قوم

يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك . وأما آخر زمان الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو في الايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وبه قال ابو حنيفة وأحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده وروى عن جماعة أنهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاذ لا دليل عليه وكل هذه الاقاويل مروية عن السلف * وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما اختلافهم في الايام المعلومات ماهى في قوله تعالى « ليس شهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام » فتأمل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول من ذى الحجة * والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : كل فجاج مكة منحر وكل أيام التشريق ذبح فن قال في الايام المعلومات إنها يوم النحر ويومان بعده في هذه الآية ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لا نحر الا في هذه الايام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لا معارضة بينهما اذا الحديث اقتضى حكما زاد على ما في الآية مع ان الآية ليس المقصود منها تحديد أيام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذ كان باتفاق من أيام التشريق ولا خلاف بينهم ان الايام المعدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة بعد يوم النحر الا ما روى عن سعيد بن جبير أنه قال : يوم النحر من أيام التشريق وانما اختلفوا في الايام المعلومات على القولين المتقدمين . وأما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هي العشر الاول قال واذا كان الاجماع قد انعقد انه لا يجوز الذبح منها الا في اليوم العاشر وهى محل الذبح المنصوص عليها فواجب أن يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ . وهى اختلافهم في الليالى التى تتخلل أيام النحر فذهب مالك في المشهور عنه الى أنه لا يجوز الذبح في ليالى أيام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي وجماعة الى جواز ذلك * وسبب اختلافهم الاشتراك الذى في اسم اليوم وذلك ان مرة يطلقه العرب على النهار واللييلة مثل قوله تعالى « فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام » ومرة يطلقه على الايام دون الليالى مثل قوله تعالى (سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام حسوما) فن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار في قوله تعالى (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات) قال يجوز الذبح بالليل والنهار في هذه الايام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا

التحر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر في أحدهما من الثاني ويشبه أن يقال أنه أظهر في النهار منه في الليل لكن إن سلمنا أن دلالة الآية هي على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل إلا بنحو ضعيف من إيجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى أنهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين إلا الدقاق فقط إلا أن يقول قائل إن الأصل هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل . وأما الذبح فإن العلماء استحبوا أن يكون المضحي هو الذي يلي ذبح أضحيته بيده وانفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل يجوز الضحية أن ذبحها غيره بغير إذنه فقليل لا يجوز وقيل بالفرق بين أن يكون صديقاً أو ولداً أو اجنبياً أعني أنه يجوز أن كان صديقاً أو ولداً ولم يختلف المذهب فيما حسب أنه ان كان اجنبياً أنها لا تجوز .

﴿ الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا ﴾

وانفقوا على أن المضحي مأموران يأكل من لحم أضحيته ويتصدق لقوله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وقوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتز » ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا : كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالاكل والصدقة معاً أم هو مخير بين أن يفعل احداً من فكل مالك ليس له أن يفعل احداً من امرين أعني أن يأكل الكل أو يتصدق بالكل وقال ابن الموازلة أن يفعل احداً من امرين واستحب كثير من العلماء أن يتسمها ثلاثاً ثلاثاً للادخار وثلاثاً للصدقة وثلاثاً للاكل لقوله عليه الصلاة والسلام : فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب في الاكل أنه ليس بواجب في المذهب خلافاً لقوم أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا الى الاقسام الثلاثة التي يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت أنه لا يجوز بيع لحماها واختلفوا في جلدها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال ابو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير أى بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شئ دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق أبو حنيفة بين الدراهم وغيرها لانه رأى ان المعاوضة بالعروض هي من باب الانتفاع لاجتماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب والحمد لله .

(كتاب الذبائح)

والقول المحيط بتواعد هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة محل الذبج والنحر وهو المذبح او المنحور ، الباب الثاني في معرفة الذبج والنحر ، الباب الثالث في معرفة الآلة التي بها يكون الذبج والنحر ، الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة ، الباب الخامس في معرفة الذابح والناحر ، والاصول هي الاربعة والشروط يمكن أن تدخل في الاربعة الابواب ، والاسهل في التعلم ان يجعل بابا على حديثه .

(الباب الاول)

والحيوان في اشتراط الذكاة في أكله على قسمين ، حيوان لا يحل الا بذكاة ، وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على ان الحيوان الذي يعمل فيه الذبج هو الحيوان البري ذو الدم الذي ليس بمحرم ولا منفوذ المقاتل ولا ميؤس منه بوقد أو نطح أو ترد أو افتراس سبع أو مرض وان الحيوان البحري ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا في الحيوان الذي ليس بدمي مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة أم لا وفي الحيوان الدمى الذي يكون نارة في البحر ونارة في البر مثل السلحفات وغيره واختلفوا في تأثير الذكاة في الاصناف التي نص عليها في آية التحريم وفي تأثير الذكاة فيما لا يحل أكله أعني في تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها في هذا الباب إذا است مسائل أصول .

المسئلة الاولى في تأثير الذكاة في الاصناف والخمسة التي نص عليها في الآية اذا أدركت حية ، المسئلة الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الاكل ، المسئلة الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة ، المسئلة الرابعة في هل ذكاة الجنين ذكاة أم لا ، المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة أم لا ، المسئلة السادسة هل للحيوان الذي يأوى في البر نارة وفي البحر نارة ذكاة أم لا .

﴿المسئلة الاولى﴾ أما المنخنة والموقودة والمتردية والنطيحة وما كل السبع فانهم اتفقوا فيما أعلم انه اذا لم يبلغ الخلق منها أو لو قد منها الى حالة لا يرجح فيها ان الذكاة عاملة فيها أعني انه اذا غلب على الظن انها تعيش وذلك بان لا يصاب لها متتل واختلفوا اذا غلب على الظن انها من ذلك باصابة مقتل أو غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة

والمشهور من قول الشافعي وهو قول الزهري وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجهان ولكن الاشهر انها لا تعمل في الميؤس منها وبعضهم تأول في المذهب أن الميؤس منها على ضربين، ميؤسة مشكوك فيها، وميؤسة مقطوع بموتها وهي المنغوضة المقاتل على اختلاف بينهم أيضاً في المقاتل قال فاما الميؤسة المشكوك فيها ففي المذهب فيها روايتان مشهورتان وأما المنغوضة المقاتل فلا خلاف في المذهب المنقول ان الذكاة لا تعمل فيها وان كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (إلا ما ذكيتم) هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ وهو المنخقة والموقودة والتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منفصل لا تأثير له في الجملة المتقدمة اذ كان هذا أيضاً شأن الاستثناء المتقطع في كلام العرب فن قال انه متصل قال الذكاة تعمل في هذه الاصناف الخمسة. وأما من قال الاستثناء منفصل فانه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل في المرجوم منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل وقد احتج أيضاً من رأى انه منفصل بان التحريم لم يتعلق بأعيان هذه الاصناف الخمسة وهي حية وإنما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فلا استثناء منقطع وذلك أن معنى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) إنما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقودة والتردية والنطيحة وسائرها أي لحم الميتة بهذه الاسباب سوى التي يموت من تلقاء نفسها وهي التي تسمى ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلم أعلم أن المقصود لم يكن تعليق التحريم بأعيان هذه وهي حية وإنما علق بها بعد الموت لان لحم الحيوان محرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة وجب أن يكون قوله إلا ما ذكيتم استثناء منفصلاً لكن الحق في ذلك أن كيف ما كان الامر في الاستثناء فواجب أن نكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الآية بعد الموت وجب أن ندخل في التذكية من جهة ما هي حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها ما دامت حية مساوية لغيرها في ذلك من الحيوان أعني انها تقبل الحلية من قبل التذكية التي الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلا خفاء بوجوب ذلك ويحتمل أن يقال ان عموم التحريم يمكن أن يفهم منه تناول أعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال في الخنزير الذي لا تعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا رافعا لتحريم أعيانها بالتنصيص على عمل الذكاة فيها واذا كان ذلك

كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منفصلاً .
وأما من فرق بين المنفوعة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل أن يقال أن مذهبه أن الاستثناء
منفصل وأنه إنما جاز تأثير الذكاة في المرجوة بالاجماع وقاس المشكوك على المرجوة ويحتمل
أن يقال أن الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا الصنف من الموقوفة بالقياس وذلك أن
الذكاة إنما يجب أن تعمل في حين يقطع أنها سبب الموت فاما إذا شك هل كان موجب
الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح أو سائرهما فلا يجب أن تعمل في ذلك وهذه هي حال المنفوعة
المقاتل وله أن يقول إن المنفوعة المقاتل في حكم الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة
للا حياة الذاهبة .

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمات الا كل حتى تظهر
بذلك جلودها فانهم أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرها ما عدا
الخنزير ورويه قال أبو حنيفة الا أنه اختلف المذهب في كون السباع فيه محرمة أو مكروهة على
ماسيأتى في كتاب الاطعمة والاشربة وقال الشافعى الذكاة تعمل في كل حيوان محرم
الا كل فيجوز بيع جميع أجزائه والانتفاع بها ما عدا اللحم * وسبب الخلاف هل جميع
أجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمة أم ليست بتابعة للحم فمن قال انها تابعة للحم قال
إذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رأى أنها ليست بتابعة قال وان لم تعمل في
اللحم فانها تعمل في سائر أجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع
بالدليل المحرم للحم عملها في اللحم بقى عملها في سائر الاجزاء الا أن يدل الدليل على ارتفاعه .

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلفوا في تأثير الذكاة في البهية التي أشرفت على الموت من شدة
المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على أن الذكاة تعمل
فيها وهو المشهور عن مالك وروى عنه أن الذكاة لا تعمل فيها * وسبب الخلاف معارضة
القياس للاتراف ما لا ترفه وماروى أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع قاصبت
شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه
البخارى ومسلم . وأما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها إنما تفعل في الحي وهذه في حكم
الميت وكل من أجاز ذبحها فانهم اتفقوا على أنه لا تعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على
الحياة واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاول
مذهب أبى هريرة والثانى مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف

العين ونحر يك الذنب والر كض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو الذى اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب .

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا هل تعمل ذكاة الام في جنينها أم ليس تعمل فيه وانما هو ميتة أعنى اذا خرج منها بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء الى أن ذكاة الام ذكاة الجنينها وبه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة ان خرج حياً ذبح وأكل وان خرج ميتاً فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاة الام ذكاة له بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم قال لم يشترط ذلك وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم في صحة الاثر المروى في ذلك من حديث أبى سعيد الخدرى مع مخالفته للاصول وحديث أبى سعيد هو قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد في بطنها جنيناً أنا كله أم نلقيه فقال : كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة أمه وخرج مثله الترمذى وأبو داود عن جابر واختلفوا في تصحيح هذا الاثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحد من صححه الترمذى وأما مخالفة الاصل في هذا الباب للآثر فهو ان الجنين اذا كان حياً ثم مات بموت أمه فأنما يموت خنقاً فهو من المنخفة التى ورد النص بتحريرها والى تحريره ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث وأما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه أولاً اشتراطه * فالسبب فيه معارضة العموم للتياس وذلك أن عموم قوله عليه السلام : ذكاة الجنين ذكاة أمه يقتضى ان لا يقع هنالك تفصيل وكونه محلاً للذكاة يقتضى أن يشترط فيه الحياة قياساً على الاشياء التى تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبت شعره وتم خلقته وبعضه هذا القياس ان هذا الشرط مروى عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهرى عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه وروى ابن المبارك عن ابن أبى ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر أو لم يشعر إلا أن ابن أبى ليلى سئى الحفظ عندهم والقياس يقتضى أن تكون ذكاته في ذكاة أمه من قبل انه جزء منها واذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف أن يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذى تقدم ذكره عن أصحاب مالك .

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو ان يقتل إما بقطع رأسه أو بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز أكل ميتته وبه قال مطرف

وذكاة ما ليس بذى دم عند مالك كذكاة الجراد * وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناول اسم الميتة أم لا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وللخلاف سبب آخر وهو هل هو نثره حوت أو حيوان يرى

﴿المسئلة السادسة﴾ واختلفوا في الذي يتصرف في البر والبحر هل يحتاج الى ذكاة أم لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالبا .

* (الباب الثاني في الذكاة) *

وفي قواعد هذا الباب مسئلتان المسئلة الاولى في أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام ، الثانية في صفة الذكاة .

﴿المسئلة الاولى﴾ وانفقوا على أن الذكاة في بهيمة الانعام نحر وذبح وأن من سنة الغنم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يجوز فيها الذبح والنحر واختلقوا هل يجوز النحر في الغنم والطير والذبح في الابل فذهب مالك الى انه لا يجوز النحر في الغنم والطير ولا الذبح في الابل وذلك في غير موضع الضرورة وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة العلماء وقال أشهب ان نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر أكل ولكنه يكره وقرئ ابن بكير بين الغنم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة * وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم . فاما انعموم فقوله عليه الصلاة والسلام : ما أنهر الدم وذكرا سم الله عليه فكلوا وأما الفعل فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نحر الابل والبقر وذبح الغنم وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى (إن الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى في الكباش (وفديناه بذبح عظيم) .

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمرىء واللقوم مبيح للاكل واختلقوا من ذلك في مواضع ، أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها أو بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع الكل أو الاكثر وهل من شرط التقطيع ان لا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من

جهة العنق جازاً كلها أم لا وهل ان تمادى في قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى يتم الذكاة أم لا فهذه ست مسائل في عدد المقتطوع وفي مقداره وفي موضعه وفي نهاية القطع وفي جهته أعني من قدام أو خلف وفي صفته

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وأنه لا يجزى أقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب في ان الشرط في قطع الودجين هو استيفاءهما واختلف في قطع الحلقوم على القول بوجوده فقليل كله وقيل أكثره . وأما أبو حنيفة فقال الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة إما الحلقوم والودجان وإما المرى والحلقوم واحد الودجين أو المرى والودجان وقال الشافعي الواجب قطع المرى والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع أكثر كل واحد من الاربعة * وسبب اختلافهم انه لم يأت في ذلك شرط منقول وإنما جاء في ذلك أثران ، أحدهما يقتضي إنهار الدم فقط ، والاخر يقتضي قطع الوداج مع انهار الدم ففي حديث رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : ما انهر الدم وذكرا سم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن ابي امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ما فرى الوداج فكلوا ما لم يكن رض ناب أو نخر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضي قطع بعض الوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفي الثاني قطع جميع الوداج فالحديثان والله اعلم متفقان على قطع الودجين إما احدهما أو البعض من كليهما أو من واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لام التعريف في قوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف في كلام العرب قد تدل على البعض . وأما من اشترط قطع الحلقوم أو المرى فليس له حجة من السماع وأكثر من ذلك من اشترط المرى والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ما وقع الاجماع على جوازه لان الذكاة كانت شرطاً في التحليل ولم يكن في ذلك نص فيما يجزى وجب ان يكون الواجب في ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على إجزائه ليس يلزم ان يكون شرطاً في الصحة .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ في موضع القطع وهي ان لم يقطع الجوزة في نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه في المذهب فقال مالك وابن القاسم لا يؤكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل * وسبب الخلاف هل قطع الحلقة م شرط في الذكاة أو ليس بشرط

فمن قال انه شرط قال لا بد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليماً ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز .

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهي ان قطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم وأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأبو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلى وعمران بن الحصين * وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوعة المتنازل أم لا تعمل وذلك ان انقطع لعضء الذكاة من القفا لا يصل اليها بالنطح الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة .

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهي أن يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع ولم ينو قطع النخاع من أول الامر لانه ان نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها متعمداً دون جهل وتؤكل ان قطعها ساهياً أو جاهلاً

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا أعاد يده بفور ذلك وبالقرب فقال ابن حبيب ان أعاد يده بالفور أكلت وقال سحنون لا تؤكل وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة أم لا فأعادها على الفور ان تبين له انها لم تتم أكلت وهو أحد ما تؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة قال أبو الحسن اللخمي ولو قيل عكس هذا لكان أجود أعنى أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد أتم الذكاة فتبين له غير ذلك فأعادها انها تؤكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقيناً وهذا مبني على أن من شرط الذكاة قطع كل أعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منفوعة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوعة المقاتل .

(الباب الثالث فيما تكون به الذكاة)

أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم وفري الاوداج من حديد أو صخر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة واختلفوا في ثلاثة في السن والظفر والعظم فمن الناس من أجاز التذكية بالعظم

ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا من وعين أولا يكونا من وعين فاجاز التذكية بهما اذا كانا من وعين ولم يجزها اذا كانا متصلين ومنهم من قال ان الذكاة بالسن والعظم مكرهة غير ممنوعة ولا خلاف في المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة اذا انهر الدم واختلف في السن والظفر فيه على الاقوال الثلاثة أعني بالمنع مطلقا والفرق بينهما بين الاتصال والاتصال وبالكراهية لا بالمنع * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث رافع بن خديج وفيه قال يا رسول الله إننا لقوا العدو غدأ وإيس معنمدي فنذج بالقصب فقال عليه الصلاة والسلام: ما انهر الدم وذكرا سم الله فكل ليس السن والظفر وسأحدثكم عنه. أما السن فعظم. وأما الظفر فمدي الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الاشياء ليس في طبعها ان تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم من ذلك انه شرع غير معلل والذين فهموا منه أنه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد انه لا يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي في ذلك على وجه الكراهية لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى في ذلك انه لا ينهر اندم غالباً قال اذا وجد منهما ما ينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم ان يكونا منفصلين اذا كان انهر الدم منهما اذا كانا بهذه الصفة أمكن وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أن النهي عنهما هو مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد المنهي عنه قال ان ذبحهما لم تقع التذكية وان انهر الدم ومن رأى أنه لا يدل على فساد المنهي عنه قال ان فعل وانهر الدم ثم وحلت لذبيحة ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فانه عليه الصلاة والسلام قد علل المنع في السن بانه عظم ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من الحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام: ان الله كتب الاحسان على كل مسلم فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليجد أحدكم شفرته وليريح ذبيحته خرجه مسلم.

﴿الباب الرابع في شروط الذكاة﴾

وفي هذا الباب ثلاث مسائل، المسئلة الاولى في اشتراط التسمية، الثانية في اشتراط البسملة، الثالثة في اشتراط النية.

﴿المسئلة الاولى﴾ واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة أقوال، فقيل هي فرض

على الاطلاق، وقيل بل هي فرض مع الذكركساقطة مع النسيان، وقيل بل هي سنة مؤكدة
وبالقول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر والشعبي وابن سيرين، وبالقول الثاني قال
مالك وابو حنيفة والثوري، وبالقول الثالث قال الشافعي واصحابه وهو مروي عن ابن عباس
وأبي هريرة وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للآثر. فاما الكتاب فقوله
تعالى «ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق» وأما السنة المعارضة لهذه الآية
فما رواه مالك عن هشام عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله
إن ناساً من البادية يأتوننا بلحمان ولا ندري اسموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم: سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا
الحديث كان في أول الاسلام ولم يرد ذلك الشافعي لأن هذا الحديث ظاهره أنه كان بالمدينة
وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجمع بأن حمل الامر بالتسمية على الندب
• واما من اشترط الذكركفي الوجوب فصيراً الى قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن امتي
الخطأ والنسيان وما استكروا عليه •

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوماً استحجوا ذلك وقوماً أجازوا
ذلك وقوماً أوجبوه وقوماً كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة والكراهية والمنع موجودان في
المذهب وهي مسئلة مسكوت عنها والاصل فيها الاباحة الا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك
وليس في الشرع شيء يصلح ان يكون اصلاً تناس عليه هذه المسئلة الا ان يستعمل فيها قياس
مرسل وهو القياس الذي لا يستند الى اصل مخصوص عند من أجازوه وقياس شبهه بعيد
وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب ان يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف
لانه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ما عدا الصلاة وقياس الذبيحة على الصلاة بعيد وكذلك
قياسه على استقبال القبلة بالميت •

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما اشتراط النية فيها فقليل في المذهب بوجوب ذلك ولا اذ كرهها
خارج المذهب في هذا الوقت خلافاً في ذلك ويشبه ان يكون في ذلك قولان، قول بالوجوب،
وقول بترك الوجوب فمن أوجب قال عبادة لا اشتراط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من
شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذي هو المقصود منه
فوجب ان لا تشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة ازالة عنها •

﴿ الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز ﴾

والمدكور في الشرع ثلاثة أصناف، صنف اتفق على جواز تذكيته، وصنف اتفق على منع ذكائه، وصنف اختلف فيه. فاما الصنف الذي اتفق على ذكائه فمن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضيق الصلاة. وأما الذي اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى « وما ذبح على النصب » ولقوله « وما اهل به لغير الله » وأما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة أهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبي والمجنون والسكران والذي يضييع الصلاة والسارق والغاصب. فاما اهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبايحهم لقوله تعالى « وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم » ومختلفون في التفاصيل فاتفقوا على انهم اذا لم يكونوا من نصارى بنى تغلب ولا مرتدين وذبحوا لا نفسهم وعلم انهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم في التوراة ولا حرموها على انفسهم انه يجوز منها ما عدا الشحم واختلفوا في مقابلات هذه الشروط أعني اذا ذبحوا لمسلم باستنابته او كانوا من نصارى بنى تغلب او مرتدين واذا لم يعلم انهم سموا الله او جهل متصود ذبحهم او علم انهم سموا غير الله مما يذبحونه لكتائبهم وأعيادهم وكانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذي ظفر او كانت مما حرموها على انفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقه إلهية وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة مسلم فقليل في المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز * وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك ام لا فمن رأى أن النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابي لمسلم لانه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب أعني قوله تعالى « وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم » قال يجوز وكذلك من اعتقد أن نية المستناب تجزى وهو اصل قول ابن وهب .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي ذبايح نصارى بنى تغلب والمرتدين فان الجمهور على أن ذبايح النصارى من العرب حكمها حكم ذبايح اهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبايحهم وهو احد قولي الشافعي وهو مروي عن علي رضي الله عنه * وسبب الخلاف هل يتناول العرب المنتصرين او المنهودين اسم الذين اوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة

بالكتاب وهم بنو إسرائيل والروم . واما المرتد فان الجمهور على ان ذبيحته لا تؤكل وقال اسحاق ذبيحته جائزة وقال الثوري مكروهة * وسبب الخلاف هل المرتد لا يتناول له اسم أهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة أهل الكتاب او يتناول له .

﴿وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ الثَّلَاثَةُ﴾ وهي إذ لم يعلم أن أهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور تؤكل وهو مروي عن علي ولست أذكر فيه في هذا الوقت خلافاً ويتطرق إليه الاحتمال بأن يقال إن الأصل هو أن لا يؤكل من تذكيته إلا ما كان على شروط الإسلام فإذا قيل على هذا أن التسمية من شرط التذكية وجب أن لا تؤكل ذبائحهم بالشك في ذلك . وأما إذا علم أنهم ذبحوا ذلك لأعيادهم أو كنائسهم فإن من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من أباحه وهو قول أشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعي * وسبب اختلافهم تعارض عمومي الكتاب في هذا الباب وذلك أن قوله تعالى «وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم» يحتمل أن يكون مخصوصاً لقوله تعالى «وما اهل به لغير الله» ويحتمل أن يكون قوله تعالى «وما اهل به لغير الله» مخصصاً لقوله تعالى «وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم» إذ كان كل واحد منهما ما يصح أن يستثنى من الآخر فمن جعل قوله تعالى «وما اهل به لغير الله» مخصصاً لقوله تعالى «وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم» قال لا يجوز ما اهل به للكنائس والأعياد ومن عكس الأمر قال يجوز . وأما إذا كانت الذبيحة محرمة عليهم فحرمت عليهم فقليل يجوز وقليل لا يجوز وقليل بالفرق بين أن تكون محرمة عليهم بالنزول أو من قبل اتساعهم أعني بإباحة ما ذبحوا مما حرموا على اتساعهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمتنع والاقاويل الأربعة موجودة في المذهب المنع عن ابن القاسم والإباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن أشهب وأصل الاختلاف معارضة عموم الآية لا اشتراط نية الذكاة أعني اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط في التذكية قال لا يجوز هذه الذبائح لأنهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الآية المحللة قال يجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم في أكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف في ذلك أحد غير مالك وأصحابه فمنهم من قال إن الشحوم محرمة وهو قول أشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل في الشحوم سبب آخر من أسباب الخلاف سوى معارضة العموم لا اشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة وهو هل تبعض التذكية أولاً ولا تبعض فمن قال تبعض قال لا تؤكل كل الشحوم ومن قال لا تبعض قال يؤكل كل الشحوم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم

حديث عبد الله بن مغفل إذا أصاب جراب الشحم يوم خير وقد تقدم في كتاب الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك في أصل شرعهم وبين ما حرموا على أنفسهم قال ما حرم عليهم هو أمر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على أنفسهم هو أمر باطل فتعمل فيه التذكية قال القاضي والحق أن ما حرم عليهم أو حرموا على أنفسهم هو في وقت شريعة الإسلام أمر باطل إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فيجب أن لا يراعى اعتقادهم في ذلك ولا يشترط أيضاً أن يكون اعتقادهم في تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لأنه لو اشترط ذلك لما أجاز كل ذبائحهم بوجه من الوجود لكون اعتقاد شريعتهم في ذلك منسوخ واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم وإنما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله أعلم جائزة لنا على الإطلاق وإلا ارتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم . وأما المجوس فإن الجمهور على أنه لا تجوز ذبائحهم لأنهم مشركون وتمسك قوم في إجازتها بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : سنوا بهم سنة أهل الكتاب . وأما الصابئون فلا خلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من أهل الكتاب أم ليسوا من أهل الكتاب . وأما المرأة والصبي فإن الجمهور على أن ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو المصعب * والسبب في اختلافهم نقصان المرأة والصبي وإنما يختلف الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فاصيبت شاة فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها وهو حديث صحيح . وأما المجنون والسكران فإن مالك لم يحز ذبيحتهما وأجاز ذلك الشافعي * وسبب الخلاف اشتراط النية في الذكاة فمن اشترط النية منع ذلك إذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فإن الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورأى أنها ميتة وبه قال داود وإسحاق بن راهويه * وسبب اختلافهم هل انتهى يدل على فساد المنهي عنه أو لا يدل فن قال يدل قال السارق والغاصب منهي عن ذكاتها وتناولها وتملكها فإذا ذكاهما فسدت التذكية ومن قال لا يدل إلا إذا كان المنهي عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لأنه ليس صحة الملك شرطاً من شروط التذكية وفي موطأ ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم يربها بأساً وقد جاء بإباحة ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطمعموها الأسارى وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب والله أعلم

﴿ كتاب الصيد ﴾

وهذا الكتاب في أصوله أيضاً أربعة أبواب، الباب الاول في حكم الصيد وفي محل الصيد ،
الثاني فيما به يكون الصيد ، الثالث في صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة في عمل الذكاة في
الصيد ، الرابع فمين يجوز صيده .

﴿ الباب الاول ﴾

فما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم
والسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » ثم قال « وإذا حللتهم فاصطادوا » واتفق العلماء
على أن الأمر بالصيد في هذه الآية بعد النهي يدل على الإباحة كما اتفقا على ذلك في قوله تعالى
« فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله » أعني أن المقصود به
الإباحة لوقوع الأمر به بعد النهي وإن كان اختلفوا هل الأمر بعد النهي يقتضي الإباحة أو
لا يقتضيه وإنما يقتضي على أصله الوجوب وكره مالك الصيد الذي يقصده السرف
وللتأخرين من استحبابه فيه تفصيل محمول قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب
وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه وهذا النظر في الشرع
تغلغل في القياس وبعد عن الأصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق بكتابنا هذا إذا كان
قصدنا فيه إنما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريبا من المنطوق به . وأما محل الصيد
فانهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري هو الممك وأصنافه ومن الحيوان البري الحلال
الاكل الغير متأنس واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه
أو نحره فقال مالك لا يؤكل إلا أن ينحر من ذلك ما ذكاه النحر ويذبح ما ذكاه الذبح أو يفعل
به أحدهما إن كان ممياً يجوز فيه إلا ما رآه جميعاً وقال أبو حنيفة والشافعي إذا لم يقدر على ذكاة
البعير الشارد فانه يقتل كالصيد * وسبب اختلافهم معارضة الأصل في ذلك للخبر وذلك
أن الأصل في هذا الباب هو أن الحيوان الأنسي لا يؤكل إلا بالذبح أو النحر وأن الوحشي
يؤكل بالمقر . وأما الخبر المعارض لهذه الأصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال فندم منها بعير
وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل بسهم فخبسه الله تعالى به فقال النبي

عليه الصلاة والسلام: إن لهذه البهائم أوبدًا كأوبد الوحش فإند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث أولى لصحته لأنه لا ينبغي أن يكون هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن لقائل أن يقول إنه جار مجرى الأصل في هذا الباب وذلك أن العلة في كون العقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئاً أكثر من عدم القدرة عليه لأنه وحش فقط فاذا وجد هذا المعنى من الأنسي جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحش فيتفق القياس والسماع .

﴿ الباب الثاني فيما يكون به الصيد ﴾

والأصل في هذا الباب آيتان وحديثان الآية الأولى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا ليلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم » . والثانية قوله تعالى « قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين » الآية . وأما الحديثان، فأحدهما حديث عدي بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك وإن أكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه وإن خالطها كلاب غيرها فلا تأكل فإنا سميت على كلبك ولم نسم على غيره وسأله عن المعراض فقال إذا أصاب بعرضه فلا تأكل فنه وقيد وهذا الحديث هو أصل في أكثر ما في هذا الكتاب . والحديث الثاني حديث أبي ثعلبة الخشني وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام : ما أصبت بقوسك فسم الله ثم كل وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل وما صدت بكلبك انذى ليس بمعلم وأدركت ذكاته فكل وهذا الحديثان اتفق أهل الصحيح على إخراجهما والآلات التي بصادها منها ما اتفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهي ثلاث حيوان جارج . ومحدد . ومثقل . فاما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها في الكتاب والسنة وكذلك بما جرى مجراها مما يعقر ما عدا الأشياء التي اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الأنسي وهي السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلا معنى لأعادته . وأما المثقل فاختلفوا في الصيد به مثل الصيد بالمعراض . والحجر فمن العلماء من لم يحزم من ذلك إلا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجازته على الإطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بثقله أو نحوه إذا خرق جسد الصيد فأجازته إذا خرق ولم يحزه إذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الأمصار الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم وهو راجع إلى أنه لا ذكاة إلا بمحدد * وسبب اختلافهم

معارضة الأصول في هذا الباب بعضها بعضاً ومعارضة الآثار لها وذلك ان من الأصول في هذا الباب ان الوقيد محرم بالكتاب والاجماع ومن أصوله ان المقرذ كاة الصيد فن رأى ان ما قتل المراض وقيد منعه على الاطلاق ومن رأى عقراً مختصاً بالصيد وأن الوقيد غير معتبر فيه أجازة على الاطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك أو لم يخرق فصيراً الى حديث عدى بن حاتم المتقدم وهو الصواب . وأما الحيوان الجارح فلا تقا والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه ما يتعلق بالشرط . فاما المتنوع الذي انفقوا عليه فهو الكلاب ما عدا الكلب الاسود فانه كرهه قوم منهم الحسن البصرى وابراهيم النخعي وقطادة وقال أحمد ما عرف أحد ايرخص فيه اذا كان بهما وبه قال اسحاق . وأما الجمهور فعلى اجازة صيده اذا كان معلماً * وسبب اختلافهم معارضة التماس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكليين » يقتضى تسوية جميع الكلاب في ذلك وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الاسود اليهم يقتضى في ذلك القياس ان لا يجوز اصطيداه على رأى من رأى أن النهي يدل على فساد المنهى عنه . وأما الذى اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فباعداء الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية فمنهم من أجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن شعبان وهو مذهب مالك وأصحابه وبه قال فتها المصار وهو مروى عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم لا اصطيد بجوارح ما عدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك الا ما أدركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازى فقط فقال يجوز صيده وحده * وسبب اختلافهم في هذا الباب شيان ، أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد يظن أن النص انما ورد في الكلاب أعنى قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكليين » الا أن بتأول ان لفظة مكليين مشتقة من كلب الجارح لا من لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى فى الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى فى لفظة مكليين ، والسبب الثانى هل من شرط الامساك الامساك على صاحبه أم لا وان كان من شرطه فهل يوجد في غير الكلب أو لا يوجد فن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكليين هى مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب أو انه لا يوجد الامساك الا فى الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لا يصاد بجوارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط فى الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعليم . وأما من

استثنى من ذلك البازي فقط فصر إلى ما روى عن عدي بن حاتم أنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي فقال : ما أمسك عليك فكل خرجه الترمذي فهذه هي أسباب اتفاقهم واختلافهم في أنواع الجوارح . وأما الشروط المشتركة في الجوارح فإن منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكليين » وقوله عليه الصلاة والسلام : إذا أرسلت كلبك المعلم واختلفوا في صفة التعليم وشرطه فقال قوم التعليم ثلاثة أصناف ، أحدها أن تدعوه الجارح فيجيب والثاني أن تشليه فينشلي ، والثالث أن تزجره فيزدجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وإنما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر الجوارح واختلفوا أيضاً في هل من شرطه أن لا يأكل الجارح فمنهم من اشتراطه على الإطلاق ومنهم من اشتراطه في الكلب فقط وقول مالك أن هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من أصحابه ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البقرة والصفور وهو مذهب مالك أعني أنه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره أن لا يأكل واشترطه بعضهم في الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشتراطه كما قلنا في الكل والجمهور على جواز أكل صيد البازي والصفور وإن أكل لأن تضرته إنما تكون بالآكل فالخلاف في هذا الباب راجع إلى موضعين : أحدهما هل من شرط التعليم أن يزجر إذا زجر . والثاني هل من شرطه ألا يأكل * وسبب الخلاف في اشتراط الآكل أو عدمه شيان ، أحدهما اختلاف الآثار في ذلك . والثاني هل إذا أكل فهو ممسك أم لا فاما الآثار فمنها حديث عدي بن حاتم المتقدم وفيه فإن أكل فلاناً كل فاني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبي ثعلبة الخشني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت وإن أكل منه يارسل الله قال وإن أكل فمن جمع بين الحديثين بأن حمل حديث عدي بن حاتم على التذب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه ألا يأكل ومن رجح حديث عدي بن حاتم أنه حديث متفق عليه وحديث أبي ثعلبة مختلف فيه ولذلك لم يخرججه الشيخان البخاري ومسلم وقال من شرط الامساك أن لا يأكل بدليل الحديث المذكور قال إن أكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق والثوري وهو قول ابن عباس وخص في أكل ما أكل الكلب كما قال مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسليمان وقالت المالكية المتأخرة أنه ليس الآكل بدليل على أنه لم يمسه لسيده ولا الامساك لسيده بشرط في الذكاة لأن نية الكلب غير

معلومة وقد يمسك لسيده ثم يبدوله فيمسك لنفسه وهذا الذي قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى «فكلوا مما أمسكن عليكم» وللامسك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو المادة ولذلك قال عليه الصلاة والسلام فان أكل فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه. وأما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب الا اختلافهم في قياس سائر الجوارح في ذلك على الكلب لان الكلب الذي لا يزدجر لا يسمى معلما باتفاق فاما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف

﴿ الباب الثالث ﴾

﴿ في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها ﴾

وانفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي العقر واختلقوا في شروطها اختلافا كثيرا وإذا اعتبرت أصولها التي هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة في الآلة وفي الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنين يشتركان في الذكابين أعني ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية وستة تخص بهذا الذكاة، أحدها انها لم تكن الآلة أو الجارح الذي أصاب الصيد قد أنفذ مقاتله فانه يجب ان يذكي بذكاة الحيوان الانسي اذا قدر عليه قبل ان يموت مما أصابه من الجارح او من الخرب واما ان كان قد أنفذ مقاتله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب، والثاني ان يكون الفعل الذي أصيب به المصيد مبدأ من الصائد لا من غيره أعني لا من الآلة كالحال في الحباله ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذي ينشلي من ذاته، والثالث أن لا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة، والرابع أن لا يشك في عين الصيد الذي أصابه وذلك عند غيبته عن عينه، والخامس أن لا يكون الصيد مقدورا عليه في وقت الارسال عليه، والسادس أن لا يكون موته من رعب من الجارح أو بصدمة منه فهذه هي أصول الشروط التي من قبل اشتراطها أولا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء ووربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون في وجودها في نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل ان يكون مبدؤا من الصائد واختلافهم اذا أقلت الجارح من يده او خرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا لتردد هذه الحال بين ان يوجد لها هذا الشرط أولا يوجد كاتفاق أبي حنيفة ومالك على أن من شرطه اذا أدرك غير منقوذ المقاتل ان يذكي اذا قدر

عليه قبل أن يموت واختلافهم بين أن يتخلصه حياً فموت في يده قبل أن يتمكن من ذكائه فان
أباحينه منع هذا وأجاز مالك ورآه مثل الاول اعني اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى
مات لتردد هذه الحال بين ان يقال ادركه غير منفوذ المقاتل وفي غير يد الجارح فاشبهه المقرط
أو لم يشبهه فلم يقع منه تقييد واذا كانت هذه الشروط هي أصول الشروط المشترطة في الصيد
مع سائر الشروط المذكورة في الآلة والصائد نفسه على ما سيأتى بحسب ان يذكر منها ما اتفقوا
منه عليه وما اختلفوا فيه واسباب الخلاف في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول .
اما التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيها وسببه في كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية
في الذكاة لم يحز عند من اشتراطها اذا أرسل الجارح على صيد وأخذ آخر ذكاة ذلك الصيد
الذي لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو نوري ذلك جائز ويؤكل
ومن قبل هذا أيضاً اختلف أصحاب مالك في الارسال على صيد غير مرئى كالذى يرسل على
ما في غيضة أو من وراء أكمة ولا يدري هل هنالك شئ أم لا لان القصد في هذا يشوبه شئ من
الجهل . واما الشرط الاول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التي ذكرناها وهو ان عثر
الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما يكون ذكاة اذا لم يدركه المرسل حياً فاشتراطه قال جمهور
العلماء لما جاء في حديث عدي بن حاتم في بعض رواياته أنه قال عليه الصلاة والسلام : وان
أدركته حياً فاذبحه وكان النخعي يقول اذا أدركته حياً ولم يكن معك حديدة فأرسل عليه
الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصري مصيراً لعموم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن
عليكم » ومن قبل هذا الشرط قال مالك لا يتوانى المرسل في طلب الصيد فان توانى فأدركه ميتاً
فان كان منفوذ المقاتل يسهم حل أكله والام يحل من أجل انه لو لم يتوان لكان يمكن ان يدركه
حياً غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثاني وهو ان يكون الفعل مبدؤاً من القانص ويكون متصلاً
حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيها تصييه الحبال والشبكة اذا انقضت
المقاتل بمحدد فيها فمنع ذلك مالك والشافعي والجمهور وخصص فيه الحسن البصري ومن هذا
الاصل لم يحز مالك الصيد الذي أرسل عليه الجارح فتشاغل بشئ آخر ثم عاد اليه من قبل
نفسه . واما الشرط الثالث وهو أن لا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة له فهو شرط مجمع
عليه فيما أذكر لانه لا يدري من قتله . واما الشرط الرابع وهو أن لا يشك في عين الصيد ولا في
قتل جارحه له فمن قبل ذلك اختلفوا في أكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بأس
بأكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثر من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت فاذا

بات فاني أكرهه وبالكراهية قال الثوري وقال عبد الوهاب اذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل
وفي السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيهما جميعا اذا وجد منفوذ المقاتل وقال مالك
في المدونة لا يؤكل فيهما جميعا اذا بات وان وجد منفوذ المقاتل . وقال الشافعي القياس أن لا
تأكله اذا غاب عنك مصرعه وقال ابو حنيفة اذا توارى الصيد والكاب في طلبه فوجده المرسل
مقتولا جازأكله ما لم يترك الكاب الطلب فان تركه كرهنا اكله . وسبب اختلاف فهم شيان
اثنان الشك العارض في عين الصيد او في ذكاته . والسبب الثاني اختلاف الآثار في هذا
الباب فروي مسلم والنسائي والترمذي وابوداود عن ابي ثعلبة عن النبي عليه الصلاة والسلام
في الذي يدرك صيده بعد ثلاث فقال : كل ما لم ينتز وروي مسلم عن ابي ثعلبة أيضا عن النبي
عليه الصلاة والسلام قال : اذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل ما لم يبت وفي حديث
عدي بن حاتم انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه أثر سبع
وعلمت ان سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلاف فهم في الصيد يصاب بالسهم أو يصيبه
الجارح فيسقط في ماء أو يتردى من مكان عال فقال مالك لا يؤكل لانه لا يدري من أي
الامر ين مات الا ان يكون السهم قد أهدم مقاتله ولا يشك ان منه مات . به قال الجمهور وقال ابو
حنيفة لا يؤكل ان وقع في ماء منفوذ المقاتل و يؤكل ان تردى وقال عطاء لا يؤكل أصلا اذا
أصابت المقاتل وقع في ماء أو تردى من موضع عال لا مكان ان يكون زهوق نفسه من قبل
التردى او من الماء قبل زهوقها من قبل انقاذ المقاتل . واماموته من صدم الجارح له فان ابن
القاسم منعه قياسا على الممثل وأجازه اشهب لعموم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم » ولم
يختلف المذهب ان مامات من خوف الجارح انه غير ذكي . واما كونه في حين الارسال غير
مقدور عليه فانه شرط فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد متقدرا على أخذه
باليد دون خوف أو غرر أو من قبل انه قد نشب في شيء أو تعلق بشيء أو رماه احد فكسر
جناحه أو ساقه وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الاحوال بين ان يوصف
فيها الصيد بأنه متقدور عليه او غير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع في حفرة فليل في
المذهب يؤكل وقيل لا يؤكل واختلوا في صفة المتر اذا ضرب الصيد فابن منه عضو فقال
قوم يؤكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يؤكلان جميعا و فرق قوم بين ان يكون ذلك
العضو متلا او غير مقتل فقالوا ان كان مقتلا كلا جميعا وان كان غير مقتل أكل الصيد ولم
يؤكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع خلا فهم في أن يكون القطع بنصفين او يكون

أحمد هما أكبر من الثاني * وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه الصلاة والسلام: ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة للعموم قوله تعالى «فكلوا مما أمسكن عليكم» ولمسوم قوله تعالى «تناله أيديكم ورماحكم» فن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقاً قال يؤكل الصيد والعضو المقطوع من الصيد وحمل الحديث على الانسي ومن حمله على الوحشي والانسي معاً واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال يؤكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر في ذلك الحياة المستقرة اعنى في قوله وهي حية فرق بين أن يكون العضو مقتلاً أو غير مقتل .

﴿ الباب الرابع ﴾

﴿ في شروط القانص ﴾

وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذابح المتفق عليها والمختلف فيها ويخص الاصطيا في البر شرط زائد وهو أن لا يكون محرماً ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى « وحرّم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » فان اصطاد محرماً فهل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لا يحل لأحد أصلاً اختلف فيه الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور الى انه يجوز لغير المحرم أكله * وسبب اختلافهم هو الاصل المشهور وهو هل انتهى بعود فساد المنهى أم لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والقاصب واختلفوا من هذا الباب في كلب الجوس المعلم فقال مالك الاصطيا به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري لان الخطاب في قوله تعالى «وما علمتم من الجوارح مكبّين» متوجه نحو المؤمنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

(كتاب الحقيقة)

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في ستة أبواب ، الاول في معرفة حكمها ، والثاني في معرفة محلها ، الثالث في معرفة من يعق عنه وكيفية ، الرابع في معرفة وقت هذا النسك ، الخامس من هذا النسك وصفته ، السادس حكم لحمها وسائر أجزائها . فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب أبو حنيفة الى

انها ليست فرضاً ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع * وسبب اختلافهم
تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه الصلاة
والسلام: قال كل غلام مرتين بعقيقته تدبج عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضى الوجوب
وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا أحب العقوق ومن ولده ولد
فاحب أن ينسك عن ولده فليفعل يقتضى الندب أو الاباحة فمن فهم منه الندب قال العقيقة
سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين أبو داود ومن أخذ
بحديث سمرة أوجبها . وأما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز في العقيقة الا ما يجوز في
الضحايا من الازواج الثمانية . وأما مالك فاختلف فيها الضأن على مذهبه في الضحايا واختلف
قوله هل يحزى فيها الابل والبقر أو لا يحزى وسائر الفقهاء على أصلهم أن الابل أفضل من
البقر والبقر أفضل من الغنم * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب والقياس اما الاثر
لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: علق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً
وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما أبو داود . وأما القياس فلانها نسك
فوجب أن يكون الاعظم فيها أفضل قياساً على الهدايا . وأما من يعق عنه فان جمهورهم على انه
يعق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وهذا الحسن فقال لا يعق عن الجارية وأجاز بعضهم أن
يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام : يوم سابعه
ودليل من خلف ما روى عن أنس ان النبي عليه الصلاة والسلام : علق عن نفسه بعدما
بعث بالنبوة ودليلهم أيضاً على تعلقها بالانثى قوله عليه الصلاة والسلام : عن الجارية شاة وعن
الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام : كل غلام مرتين
بعقيقته . وأما العدد فان ائمة الفقهاء اختلفوا أيضاً في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والانثى بشاة
شاة وقال الشافعي وأبو ثور وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان * وسبب
اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب فمنها حديث أم كرز الكعبية خرجها أبو داود قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : في العقيقة عن الغلام شاتان مكافأتان وعن
الجارية شاة والمكافأتان المتماثلتان وهذا يقتضى الفرق في ذلك بين الذكر والانثى وما روى
انه علق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً يقتضى الاستواء بينهما . وأما وقت هذا النسك فان
جمهور العلماء على انه يوم سابع المولد ومالك لا يبعد في الاسبوع اليوم الذي ولد فيه ان ولدته
او عبد الملك ابن الماجشون بحسب به وقال ابن القاسم في العتبية ان عقى ليلا لم يحزوه واختلف

أصحاب مالك في مبدإ وقت الأجزاء قليل وقت الضحايا أعني فحى وقيل بعد الفجر قياساً على قول مالك في الهدايا ولا شك أن من أجاز الضحايا ليلاً أجاز هذه ليلاً وقد قيل يجوز في السابع الثاني والثالث . وأما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا ووصفتها الجائزة أعني أنه يتقى فيها من العيوب ما يتقى في الضحايا ولا أعلم في هذا خلافاً في المذهب ولا خارجاً منه . وأما حكم لحما وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا في الكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على أنه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وأنه نسخ في الإسلام وذلك لحديث بريدة الأسلمي قال كنا في الجاهلية إذا ولد لحدنا غلام ذبح له شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الإسلام كنا ندبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران وشذا الحسن وقتادة قتالا يمس رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شمر دقصة قليل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلفت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم وتصدقن بزنة ذلك فضة .

كتاب الأطعمة والأشربة

والكلام في أصول هذا الكتاب يتعلق بجملة من ، الجملة الأولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار ، الجملة الثانية ، نذكر فيها أحوالها في حال الاضطرار .

﴿الجملة الأولى﴾ والأغذية الانسانية نبات وحيوان . فاما الحيوان الذي يغتذى به فممنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه برى ومنه بحرى والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه . فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة الميتة والمنخقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع وكل ما نقصه شرط من شرطه وغذ التذكية من الحيوان الذي التذكية شرط في أكله والجلالة والطعام الحلال بخالطه نجس . فاما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال ، فقال قوم هي حلال باطلاق ، وقال قوم هي حرام باطلاق ، وقال قوم ما طفا من السمك حرام وما جزر عنه البحر فهو حلال * وسبب اختلافهم تعارض الآثار

في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقة لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية فاما العموم فهو قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة » وأما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه . أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتاً يسمى العنبر أودابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بفسخة وعشرين يوماً أو شهران ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه فقال هل معكم من لحمه شيء فأرسلوا منه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله وهذا انما يعارض الكتاب معارضة كلية بفهمه لا بلفظه ، وأما الحديث الثاني المختلف فيه فارواه مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فاروى اسماعيل بن أمية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ما اتى البحر أو جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تأكلوه وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك * وسبب ضعف حديث مالك أن في رواه من لا يرف وإنه ورد من طريق واحد قال أبو عمر بن عبد البر بل رواه معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف حديث جابر ان الثقات أوقفوه على جابر فمن رجح حديث جابر هذا على حديث أبي هريرة لشهادة عموم الكتاب لهم يستثنى من ذلك إلا ما جزر عنه البحر اذ لم يرد في ذلك تعارض ومن رجح حديث أبي هريرة قال بالاباحة مطلقاً . وأما من قال بالمنع مطلقاً فصيرا إلى ترجيح عموم الكتاب وبالاباحة مطلقاً قال مالك والشافعي والمنع مطلقاً قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق . وأما الخمسة التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف ان حكمها عندهم حكم الميتة . وأما الجلالة وهي التي تأكل النجاسة فاختلفو في أكلها * وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثار أما الآثار فمأروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة والبانها أخرجه أبو داود عن ابن عمر . وأما القياس المعارض لهذا فهو ان ما يرد جوف الحيوان ينقلب إلى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فاذا قلنا ان لحم ذلك الحيوان حلال وجب أن يكون لما ينقلب من ذلك لحم ما ينقلب اليه وهو اللحم كما لو انقلب رباباً أو كقلب الدم لحماً والشافعي يحرم الجلالة وما لك يكرها . وأما النجاسة فتخالط الحلال فلا صل فيه الحديث المشهور من حديث أبي هريرة وميونة أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن القارة تقع في السمن فقال ان كان جملدا فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقي وان كان ذائباً فارقوه أولاً لا تقر بوه وللعلماء في النجاسة تحالط الأطعمة الحلال مسددها ،

أحمد هـ من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وإن لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل
التجاسة التي مخالطته وهو المشهور والذي عليه الجمهور والثاني مذهب من يعتبر في ذلك التغير
وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك * وسبب اختلافهم اختلافاً في مفهوم الحديث
وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أو يذهب الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث
يعر على ظاهره وسائر الأشياء يعتبر فيها تغيرها بالتجاسة أولاً وتغيرها بها ومنهم من جعله من باب
الخاص أو يذهب العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه أن بنفس مخالطة التجس يتجس الحلال
إلا أنه لم يتعلل لم الفرق بين أن يكون جماً أو ذاتياً لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وإن كانت
في إحدى الحالتين أكثر أعني في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة
والكثيرة فلما لم يفرقوا بينهما فكانهم اقتصر وأمن بعض الحديث على ظاهره ومن يعضه على
القياس عليه ولذلك أقرنه الظاهرية كله على ظاهره . وأما الحرمات لسيما فنها ما اغتوا أيضاً عليه
ومنها ما اختلفوا فيه فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على أن تعين لحم الخنزير والدم فأما
الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ونخه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده
مدبوغاً وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة . وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه
من الحيوان المذكي واختلفوا في غير المسفوح منه وكذلك اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه
نجساً ومنهم من لم يره نجساً والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارج عنه *
وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الإطلاق للتقييد وذلك أن قوله تعالى « حرمت
عليكم الميتة والدم » يقتضي تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى « أو دماً مسفوحاً » يقتضي
بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق إلى المقيد اشترط في التحريم السفع
ومن رأى أن الإطلاق يقتضي حكماً زائداً على التقييد وإن معارضة المقيد للطلاق إنما هو من
باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال
بحرم قليل الدم وكثيره والسفع المشترط في حرمة الدم إنما هو من دم الحيوان المذكي أعني أنه
الذي يسيل عن انتذكية من الحيوان الحلال إلا كل . وأما كل دم يسيل من الحيوان الحي
فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم إلا كل وإن ذكي فقليله وكثيره حرام ولا
خلاف في هذا * وأما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم فقوله
تعالى والدم . وأما القياس فيمكن أن يتوهم من كون الدم تابعاً في التحريم لميتة الحيوان أعني أن
ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رأى مالك أن ما لا دم له فليس بميتة قال

القاضي وقد تكلمنا في هذه المسئلة في كتاب الطهارة ويذكر الفقهاء حديثاً في هذا مخصصاً لعموم الدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام: أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظني ليس هو في الكتب المشهورة من كتب الحديث . وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فأربعة، أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الأربع، والثاني ذوات الحافر الأربعة، والثالث لحوم الحيوان المأمور بقتله في الحرم : والرابع لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكي أبو حامد عن الشافعي أنه بحرم لحم الحيوان المنهي عن أكله قال كالخطاف والنحل فيكون هذا جنساً خامساً من المختلف فيه .

فأما المسئلة الأولى وهي السباع ذوات الأربع فروى ابن القاسم عن مالك أنها مكرهة وعلى هذا القول عول جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك في الموطأ ما دليله أنها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: أكل كل ذي ناب من السباع حرام وعلى ذلك الأمر عندنا وإلى تحريمها ذهب الشافعي وأشباه مالك وأبو حنيفة إلا أنهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى التيل والضبع واليربوع عنده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعي يؤكل الضبع والثعلب وإنما السباع المحرمة التي تعدو على الناس كالأسد والثمر والذئب وكلا القولين في المذهب وجمهورهم على أن القرد لا يؤكل ولا ينتفع به وعند الشافعي أيضاً أن الكلب حرام لا ينتفع به لأنه فهم من النهي عن سوء ربه نجاسة عينه * وسبب اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الأربع معارضة الكتاب للآثار وذلك أن ظاهر قوله «قل لا أجد فيها أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه» الآية أن ما عدا المذكور في هذه الآية حلال وظاهر حديث أبي ثعلبة الخشني أنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع أن السباع محرمة هكذا رواه البخاري ومسلم . وأما مالك فمار واد في هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو ابن في المعارضة وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أكل كل ذي ناب من السباع حرام وذلك أن الحديث الأول قد يمكن الجمع بينه وبين الآية بأن يحمل النهي المذكور فيه على الكراهية . وأما حديث أبي هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الآية إلا أن يعتقد أنه ناسخ للآية عند من رأى أن الزيادة نسخ وإن القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث أبي ثعلبة والآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية ومن رأى أن حديث أبي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية بحرم لحوم السباع ومن اعتقد

ان الضبيع والشعلب محرمان فاستدلوا بعموم لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية فصير الماروى عبد الرحمن بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبيع أكلها قال نعم قلت أصيد هي قال نعم قلت فأنتم سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا الحديث وان كان انقرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ولما ثبت من اقراره عليه الصلاة والسلام على اكل الضب بين يديه واما سباع الطير فالجمهور على انها حلال لمكان الآية المتكررة وحرما قوم لما جاء في حديث ابن عباس أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل مخلب من الطير الا ان هذا الحديث لم يخرج به الشيخان وانما ذكره أبو داود

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي اختلافهم في ذوات الحافرا الانسى أعنى الخيل والبغال والحمير فان جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمير الا نسية الاماروى عن ابن عباس وعائشة انهما كانا يبيحانها وعن مالك انه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروى عن مالك . وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى انها محرمة وذهب الشافعى وأبو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها * والسبب في اختلافهم في الحمير الا نسية معارضة الآية المذكورة للاحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمير الا اهلية واذن في لحوم الخيل فن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمير أو قال بالزيادة دون ان يوجب عنده نسخا وقد احتج من لم يرتحربها بما روى عن أبي اسحق الشيبانى عن ابن أبى أوفى قال أصبنا حمرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير وطبخناها فتنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اكنفوا القدور بما فيها قال ابن اسحق فذكرت ذلك لسعيد بن جبيرة فقال انما نهى عنها لانها كانت تأكل الجلة . وأما اختلافهم في البغال فسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى « والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة » وقوله مع ذلك في الانعام لتركبوها ومنها تأكلون الآية الحاصرة للمحرمات لانه يدل مفهوم الخطاب فيها ان المباح في البغال انما هو الركب مع قياس البغل أيضاً على الحمار * وأما سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له لكن اباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا يفتى ان يعارض بقياس ولا بدليل خطاب .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي اختلافهم في الحيوان المأمور بقتله في الحرم وهي الخمس
المخصوص عليها الغراب والحدأة والمقرب والقارة والكتب المقورقان قوماً فهموا من الأحرار
بالقتل لمصلحة النبي عن قتل البهايم المباحة إلا كل أن العلة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب
الشافعي وقوماً فهموا من ذلك معنى التعدى لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وأبي حنيفة
وجهور أصحابهما. وأما الجنس الرابع وهو الذي تستخذه النفوس كالخشرات والضفادع
والسراطين والسحفات وما في منها فان الشافعي حرّمها وأباحها الغير ومنهم من كرمها
فقط * وسبب اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث في قوله تعالى
«ويحرم عليهم الخبائث» فن رأى انها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخذه
النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى ان الخبائث هي ما تستخذه النفوس قال هي محرمة. وأما
ما حكاه أبو حمزة عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهى عن قتله كالخفاف زعم والنحل فأنى
فأنى لست أدري أين وقعت الآثار الواردة في ذلك ولعلها في غير الكتب المشهورة عندنا.
وأما الحيوان البحري فان العلماء أجمعوا على تخليل ما لم يكن منه موافقاً بالاسم لحيوان في البر
محرم فقل مالك لا بأس بأكل جميع حيوان البحر الا انه كره خنزير الماء وقال أتم تسمونه
خنزيراً وبه قال ابن أبي ليلى والاوزاعي ومجاهد وجهور العلماء الا ان منهم من يشترط في غير
السمك الذكوة وقد تقدم ذلك وقل الليث بن سعد أما انسان الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان
على شيء من الحالات * وسبب اختلافهم هو دل تناول لغة أو شرعاً اسم الخنزير بالانسان
خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الكلام الى كل حيوان في البحر مشترك بالاسم
في اللغة أو في العرف لحيوان محرم في البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسئلة
يرجع الى أمرين ، أحدهما هل هذه الاسماء لغوية ، والثاني هل للاسم المشترك عموم أم
ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه
الاسماء لغوية ورأى أن الاسم المشترك عموماً لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك في
ذلك وقال أتم تسمونه خنزيراً فهذا حال الحيوان المحرم الا كل في الشرع والحيوان المباح
لا كل . وأما النبات الذي هو غذاء فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات
لتي تخمر ومن العمل نفسه أما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها أعني التي هي من عصير
لعنب وأما الانبذة فانهم اختلفوا في القليل منها الذي لا يسكر وأجمعوا على أن السكر منها حرام
يقال جمهور فقهاء الحجاز وجهور محدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون
براهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة

وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين أن الحرام من سائر الانبذة المسكرة هو السكر
 نفسه لا الخمر . وسبب اختلافهم تعارض الآثار والقيسة في هذا الباب فلا يجازين
 في تثبيت مذهبهم طريقتان ، الطريقة الاولى الآثار الواردة في ذلك ، والطريقة الثانية
 تسمية الانبذة بأجمعها خمرأ فن أشهر الآثار التي تمسك بها أهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن
 شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب أسكر فهو حرام أخرجه البخاري وقال يحيى بن
 معين هذا أصح حديث روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في تحريم المسكر ومنها أيضاً
 ما أخرجه مسلم عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : كل مسكر خمر وكل خمر حرام
 فهذان حديثان صحيحان . أما الاول فائق الكل عليه . وأما الثاني فانه قد تبصيحجه مسلم
 وخرج الترمذي وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو نص في موضع الخلاف . وأما الاستدلال الثاني من أن
 الانبذة كلها تسمى خمرأ فلم في ذلك طريقتان ، إحداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق
 الاشتقاق ، والثاني من جهة السماع . فاما التي من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند أهل
 اللغة أن الخمر انما سميت خمرأ لخامرتها العقل فوجب لذلك ان ينطلق اسم الخمر لغة على كل
 ما خامر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الأصوليين وهي غير مرضية
 عند الخراسانيين . وأما الطريقة الثانية التي من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يعلم لنا ان
 الانبذة تسمى في اللغة خمرأ فانها تسمى خمرأ شرعاً واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم
 وباروي أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين
 الشجرتين النخلة والعنب وما روى أيضاً عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان
 من العنب خمرأ وان من العسل خمرأ ومن الزيت خمرأ ومن الخنطة خمرأ وأنا انها كم عن كل
 مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الانبذة . وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر
 قوله تعالى « ومن ثمرات النخيل والاعناب نتخذون منه سكرأ ورزقأ حسناً » وبارتار
 روه في هذا الباب وبالقياس المعنوي . أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو
 كان محرم العين لما سماه الله رزقأ حسناً . وأما الآثار التي اعتمدوها في هذا الباب فمن أشهرها
 عندهم حديث أبي عون التقي عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة
 والسلام قال : حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحتمل التأويل وضعفه

أهل الحجاز لأن بعض رواه روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سهاك بن حرب
باسناده عن أبي بردة بن دينا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إني كنت نهيتكم عن
الشراب في الأوعية فاشربوا فيما بدا لكم ولا تسكروا وأخرجها الطحاوي وروى وأعن ابن
مسعود أنه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدت ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم وروى وأعن
أبي موسى قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذاً إلى اليمن فقلنا يا رسول الله إن بها
شرايين يصنعان من البر والشعير، أحدهما يقال له المز، والآخر يقال له البتبع فما نشرب فقال
عليه الصلاة والسلام اشربوا ولا تسكروا وأخرجها الطحاوي أيضاً إلى غير ذلك من الآثار التي
ذكرناها في هذا الباب. وأما احتجاجهم من جهة النظر فإنهم قالوا قد نص القرآن أن علة
التحريم في الخمر انما هي الصدع عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى «إنما
يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة» وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب أن يكون ذلك النذر هو
الحرام إلا ما انعمت عليه الإجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس
يلحق بالنص وهو القياس الذي ينهى الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من أهل النظر حجة
الحجازيين من طريق السمع أقوى وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر وإذا كان هذا كما
قالوا فيرجع الخلاف إلى اختلافهم في تغليب الأمر على القياس أو تغليب القياس على الأمر إذا
تعارضوا وهي مسألة تختلف فيها لكن الحق أن الأمر إذا كان نصاً ثابتاً فلو اوجب أن يغلب على
القياس. وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملاً للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بأن يتأول
اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من اللفاظ
الظاهرة وقوة قياس من القياسات التي تقابل ولا يدرك الفرق بينهما إلا بالذوق العقلي كما يدرك
الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوي ولذلك كثرت
الاختلاف في هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب قال القاضي والذي يظهر
لي والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وإن كان يحتمل أن يراد به القدر
المسكر لا الجنس المسكر فإن ظهوره في تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالقدر
لما كان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون فإنه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر
وكثيره سدا للذريعة وتغليظاً مع أن الضرر انما يوجد في الكثير وقد ثبت من حال الشرع
بالإجماع أنه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر أن يلحق بالخمر

وان يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام: ما أسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموا لم يجدوا عنه انفسا كافاته نص في موضع الخلاف ولا يصح ان تعارض النصوص بالقياس وأيضا فان الشرع قد اخبر ان في الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى «قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس» وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة في الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب ان يكون الامر كذلك في كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر إلا ان ثبت في ذلك فارق شرعي وانفقوا على أن الانتباذ لحلال ما لم يحدث فيه الشدة المطربة للخمر به لقوله عليه الصلاة والسلام: فانبتذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان ينتبذ وانه كان يرقه في اليوم الثاني أو الثالث واختلفوا من ذلك في مسئلتين ، إحداهما في الاواني التي ينتبذ فيها ، والثانية في انتباذ شيئين مثل البسر والرطب والخمر والزبيب

﴿فاما المسئلة الاولى﴾ فانهم أجمعوا على جواز الانتباذ في الاسقية واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباذ في الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثوري الانتباذ في الدباء والحتم والتقير والمزفت وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بالانتباذ في جميع الظروف والاواني * وسبب اختلافهم اختلاف الآراء في هذا الباب وذلك انه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباذ في الاربع التي كرها الثوري وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ ان النبي عليه الصلاة والسلام: نهى عن الانتباذ في الدباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سماك انه قال كنت نهيتكم أن تنبتذوا في الدباء والحتم والتقير والمزفت فانبتذوا ولا أحل مسكراً وحديث أبي سعيد الخدري الذي رواه مالك في الموطأ وهو انه عليه الصلاة والسلام قال : كنت نهيتكم عن الانتباذ فانبتذوا وكل مسكر حرام فمن رأى أن النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهياً عن الانتباذ في هذه الاواني اذا لم يعلم ههنا نهياً ، يتقدم غير ذلك قال يجوز الانتباذ في كل شئ ومن قال إن النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهياً عن الانتباذ مطلقا قال بقي النهي عن الانتباذ في هذه الاواني فمن اعتمد في ذلك حديث ابن عمر قال بالآيتين المذكورتين فيه ومن اعتمد في ذلك حديث ابن عباس قال بالاربعة لانه يتضمن مزيداً والمعارضه بينه وبين حديث ابن عمر انما هي من باب دليل الخطاب وفي كتاب مسلم النهي عن الانتباذ في الحتم

وفيه انه رخص لهم فيه إذا كان غير مزفت .

(وأما المسئلة الثانية) وهي انتباز الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التي من شأنها أن تقبل الانتباز وقال قوم بل الانتباز مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهم احرام وان لم يكونا مما يقبلان الانتباز فيما أحسب الان * والسبب في اختلافهم تردد في هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهية أو على الحظر وإذا قلنا انه على الحظر فهل يدل على فساد المنهي عنه أم لا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن أن يخلط التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها انه قال عليه الصلاة والسلام لا تنتبذوا الزهو والزبيب جميعاً ولا التمر والزبيب جميعاً وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج في ذلك بحسب التأويل الا قالوا بل الثلاثة ، قول بتحريمه ، وقول بتحليله مع الاثم في الانتباز ، وقول بكراهية ذلك . وأما من قال انه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الاثر بالانتباز في حديث أبي سعيد الخدري . وأما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع هو الاختلاط لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة في التبيذ . وأما أن يكون قد تمسك بعموم ما ورد انه نهى عن الخليطين وأجمعوا على أن الخمر اذا تخللت من ذاتها جازاً كلها واختلفوا اذا قصد تحليلها على ثلاثة أقوال التحريم والكراهية والاباحة * وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر واختلافهم في مفهوم الاثر وذلك ان أبا داود خرج من حديث أنس بن مالك ان أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورثوا خمرأ فقال : أهرقها قال أفلا أجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا أن لا تحريم أيضاً على مذهب من يرى أن النهي لا يعود بفساد المنهي والقياس المعارض لحمل الخل على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الاحكام المختلفة انما هي للذوات المختلفة وأن الخمر غير ذات الخل والخل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخل وجب أن يكون حلالاً كيف ما انتقل .

(الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطراب) والاصل في هذا الباب قوله تعالى «وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه» والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذي أعني اذا لم يجد شيئاً حلالاً يتغذى به وهو لا خلاف فيه وأما السبب الثاني طلب البرء وهذا يختلف فيه فمن أجاز له احتيج بإباحة النبي عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكمة به ومن منعه فلقوله

عليه الصلاة والسلام ان الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها وأما جنس الشيء المستباح فهو كل شيء محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف في الحمر عندهم هو من قبل انتداوى بها لا من قبل استعمالها في التغذية وذلك أجازوا للمعطشان أن يشربها ان كان منهارى وللشرق أن يزيل شرقه بها . وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فان مالكاً قال حدد ذلك الشبع والنزود منها حتى يجرد غيرها وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يأكل منها الا ما يمسك الرميق وبه قال بعض أصحاب مالك * وسبب الاختلاف هل المباح له في حال الاضطرار هو جميعها أم ما يمسك الرميق فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى « فمن اضطر غير باع ولا عاد » وانفق مالك والشافعى على انه لا يحل للمضطر أكل الميتة اذا كان عاصياً بسفره لقوله تعالى « غير باع ولا عاد » وذهب غيره الى جواز ذلك

فهرست

الجزء الاول

—
في كتاب

بداية المجتهد ونهاية المقتصد
في فقه ابي حنيفة

—

خطبة الكتاب	٤
كتاب الطهارة من الحدث	٥
كتاب الوضوء	٥
الباب الاول	٥
الباب الثاني	٦
المألة الاولى من الشروط	٦
المألة الثانية من الاطعام	٦
المألة الثالثة من الزكاة	٧
المألة الرابعة من تحديد المحال	٨
المألة الخامسة من التحديد	٨
المألة السادسة من التحديد	٩
المألة السابعة من الزكاة	٩
المألة الثامنة من تعيين المحال	١٠
المألة التاسعة من الزكاة	١١

المقالة التاسعة من الصفات	١١
الحادية عشر من الشروط	١٢
الثانية عشر من الشروط	١٢
الاولى في جواز المسح على الخفيه	١٤
الثانية في تحميم الممل	١٤
الثالثة واما نزع مود المسح	١٥
الرابعة واما صفة الخف	١٥
الخامسة واما التوقيت الى	١٦
السادسة واما شروط المسح الى	١٦
السابعة واما نواقض هذه الطائفة الى	١٧
(الباب الثالث في المياه)	١٨
المقالة الاولى. اختلفوا في الماء اذا خالطه نجاسة الى	
الثانية . الماء الذي خالطه زعفران الى	٢٠
الثالثة . الماء المستعمل في الطائفة الى	
الرابعة . اتفقوا على طائفة من الجلبية وبرهنة انهم	
الخامسة . في آبار الطور الى	٢٤
السادسة . صار ابو حنيفة الى اجابة الوضوء	٢٥
بينه التمر في السفر الى	
(الباب الرابع في نواقض الوضوء)	٢٦
المقالة الاولى . اختلف علماء الأئمة في اشتغاله الوضوء	
ما يخرج من الجسد من النفس الى	

٢٧ المألة الثانية . اختلف العلماء في النوم على اربعة مذاهب

٢٨ " الثالثة . اختلف العلماء في ايجاب الوضوء من ليس

النكاح باليد الخ

٢٩ " الرابعة . في الذكر اختلف العلماء فيه على ثلثة مذاهب

٣٠ " الخامسة . اختلف الصمد الاول في ايجاب الوضوء

منه اهل مائة الف الخ

٣١ " السادسة . منذ ابرهينة فادجب الوضوء من الصنف

في الصورة الخ

٣٢ " السابعة . في نوم فادجيدا الوضوء من قبل الميت الخ

(الباب الخامس) ٣٣

٣٤ المألة الاولى . هل الطهارة شرط في الصلوة ام لا

٣٥ " الثانية . اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الخ

٣٦ " الثالثة . ذهب مذهب الشافعي الى اشتراط الوضوء في الطهارة

٣٧ " الرابعة . ذهب الجمهور الى انه يجوز لفير متوضئا انه يقرأ الفقرة

وذكر الله الخ

(كتاب الفيل) ٣٨

٣٩ " الباب الاول وفيه اربعة مسائل

المألة الاولى . اختلف العلماء هل من شرط الطهارة امرار اليد على جميع الخ

٤٠ " الثانية . اختلف هل من شرط الطهارة النية ام لا

٤١ " الثالثة . اختلفوا في المفضة والاستنشاق هل هي الطهارة

٤٢ " الرابعة . اختلفوا هل من شرط الطهارة الغور والترتيب ام

٢٦ (الباب الثامن في معرفة النواقص (بعضها))

السؤال الاول . اختلف العلماء في سبب اجاب اللار من اللوط

٢٧ . الثانية . اختلف العلماء في العفة المعتبرة في كونه فروج

الذي هو جبا للطار

(الباب الثالث في احكام هذيه الحديثية المعنى الجنازة والحية)

السؤال الاول . اختلف العلماء في دخول السجدة للجنب التي

٢٨ . الثانية . من الجنب المصحف . ذهب قوم الى اجازته . وذهب

المجربون الى منعه .

٢٩ . الثالثة . قراءة الجنب . اختلف الناس في ذلك .

(الباب الاول . اتفق المسلمون على انه لا بد من الاخراج من الارحم

تسوية التي)

(الباب الثامن . اما معرفة علامات انتقال هذ الدماء التي)

٢٩ السؤال الاول . اختلف العلماء في اكرام الحيصة التي

٤٠ . الثانية . ذهب مالك واصحابه في الحيصة التي تقطع فيقتل التي

٤١ . الثالثة . اختلفوا في اقل النفاس والركن التي

٤١ . الرابعة . اختلف الفقهاء في الدم الذي يترى الحال

هو حيصة او استخاضة التي .

٤٢ . الخامسة . اختلف الفقهاء في العفن والدماء هل هو

حيصة ام لا .

٤٢ . السادسة . اختلف العلماء في علو الطار التي

٤٢ . السابعة السخافة التي

- ٥٦ المأز الاول . فذهبنا في الخ
- ٥٧ الثانية . فانه المجرور ذهبوا الى انه رجود الما ينقصه .
- ٥٨ (الباب السابع) اتفقوا المجرور على انه الأفعال التي هي الاطلافة
 شرط في صحتها .
- (كتاب الطهارة من النجس)
- ٦٠ الباب الاول في معرفة حق الطهارة .
- ٦١ الباب الثاني في انواع النجاسات .
- المأز الاول . اختلفوا في مية الحيوان .
- ٦٢ الثانية . وكل اختلفوا في انواع المنيات كذا اختلفوا في
 اجزاء ما اتفقوا عليه .
- الثالثة . اختلفوا في الارتفاع ببلود الميتة .
- ٦٣ الرابعة . اتفقوا على ان دم الحيوان البري نجس .
- ٦٤ الخامسة . اتفقوا على ان نجاسة بول ابيه آدم .
- ٦٥ السادسة . اختلف الناس في قتل النجاسات .
- ٦٦ السابعة . اختلفوا في المني هل هو نجس ام لا .
- (الباب الثالث) في المحال التي لا تزال على نجاسة .
- ٦٧ (الباب الرابع) في الشئ الذي لا يزال نجاسة .
- ٦٨ (الباب الخامس) في الصفات التي لا تزال .
- (الباب السادس) في آداب الاستنجاء ودخول المزار .

- ٦٩ (كتاب الصلوة) وفيه مسائل
- ٧٠ المسألة الأولى في وجوبه في الكتاب والسنة والأصناف
- " الثانية في عدد الواجب منه
- " الثالثة يجب على المسلم البالغ
- ٧١ الرابعة وأما الواجب على من تركه بعد الخ
- ٧٢ الجبهة الثانية في الاستسراة
- (باب الأول) وفيه فصول
- (الفصل الأول) في الأوراق الوسطى والمختارة
- المسألة الأولى في اقتداره على أنه أول وقت الظهور
- ٧٣ الثانية . اختلفوا في صلوة العشر
- ٧٤ الثالثة . اختلفوا في المقرب
- ٧٥ الرابعة . اختلفوا في وقت الغناء الآخرة
- ٧٦ الخامسة . اقتدر على أنه أول وقت الصبح
- ٧٧ القسم الثاني من الفصل الأول في باب الأول وفيه مسائل
- المسألة الأولى . اختلفوا في الكاف
- " الثانية . اختلفوا في الكاف
- ٧٨ الثالثة . وأما في الأوراق التي هي أدق الأوراق
- ٧٩ الفصل الثاني من باب الأول في الأوراق التي هي أدق الأوراق
- المسألة الأولى . اختلفوا في الأوراق التي هي أدق الأوراق
- " الثانية . اختلفوا في الأوراق التي هي أدق الأوراق

٨٢	(الباب الثامن) في معرفة الأولياء والأقارب
	الفصل الأول وفيه أقسام
	القسم الأول في صفة الأولياء
	الثنى في حكم الأولياء
٨٤	الثالث في دقة الأولياء
٨٥	الرابع في شروط الأولياء
٨٦	الخامس فيما يقول السامع للمؤذنه
٨٧	الفصل الثامن في الأقامة
	(الباب الثالث في الصلاة)
٨٧	المقالة الثانية. هل فرض المجهول في الصلاة الأصابع أو الأصابع
٨٩	(الباب الرابع) وفيه فصول
	الفصل الأول. انقضاء الصلاة على من ستر العورة فرضه
	المقالة الثانية. في حجب العورة من الرجل
	الثالثة. في حجب العورة من المرأة
٩٠	الفصل الثاني. فيما يجزئ من العباس في الصلاة
٩١	(الباب الخامس) في الطاعة بالنفس
٩٢	(الباب السادس) في المداخلة التي عليها
٩٣	(الباب السابع) في الزكوة المستبركة في الصلاة
٩٤	(الباب الثامن) في النية
٩٤	الحمد الثالث. في نية الصلاة في صفة ما كتبت عليه
	في الأقوال والأفعال

(الباب الأول) وفيه فصلان

٩٥

الفصل الأول وفيه تسع مسائل

المسألة الأولى . اختلف العلماء في التلبيرات .

التي الثانية . قال مالك لا يميز بين لفظ التلبير الا انه ابر

٩٦

الثالثة . ذهب قوم الى انه النهج في الصلاة واجب .

الرابعة . اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح

٩٧

القراءة في الصلاة .

المسألة الخامسة . اختلف العلماء على انه لا يجوز الصلاة بغير قراءة .

٩٨

السادسة . اختلف الجمهور على منع قراءة القراءة في الركوع والسجود

١٠٠

السابعة . اختلفوا في وجوب التشهد

١٠١

الثامنة . اختلفوا في التسليم في الصلاة

١٠٢

التاسعة . اختلفوا في الفتن

١٠٣

(الفصل الثاني) في الاصل الذي هو اركانها وفيه ثمانية مسائل

١٠٤

المسألة الأولى . اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة

التي الثانية . ذهب ابو حنيفة الى انه لا يرفع اليدين في الركوع

١٠٥

وفي الركوع غير واجب

الثالثة . اختلف العلماء في هيئة الجلوس

١٠٥

الرابعة . الجلوس الوسطي والوقوف

١٠٦

الخامسة . وفي رفع اليدين احداهما على الاخرى

١٠٧

في الصلاة

السادسة . اختلفوا في قول اذا كان الرجل في وتره صلوة

انه لو نزل عليه من ستون قاعدة

- ١٠٨ المأثر الثانية : اتفقت العلماء على انه لا يجوز بدونه مع شئ من اعضاء
- ١٠٩ الثانية : اتفقت العلماء على كراهية الاضواء في الصلاة
- ١١٠ (الباب الثاني) وفيه فصول بسبعة
- الفصل الاول : وفيه مسائل
- المأثر الاول : هل صلاة الجماعة ادر فصره على اللقاة
- ١١١ الثانية : اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى فهل يجب عليه ان يصلي مع الجماعة ام لا؟
- ١١٢ (الفصل الثاني) وفيه مسائل اربع
- المأثر الاول : اختلفوا فيما اذن بالاقامة
- ١١٣ الثانية : اختلف الناس في اقامة الصبي
- الثالثة : اختلفوا في اقامة الفاسق
- ١١٤ الرابعة : اختلفوا في اقامة المرأة
- ١١٥ (الفصل الثالث) في مقام الاوسم من الاوامم واهكام المأموم
- الخامسة به وفيه خمس مسائل
- المأثر الاول : جبر دور العلماء على انه متى الواحد المنفرد
- انه يقدم على جميع الاوامم
- ١١٦ الثانية : اجمع العلماء على انه لا يصح الاول من الجماعة
- ١١٧ الثالثة : اختلفت في الاول في الرجل يريد الصلاة
- فيسمع الاقامة هل يصير الحسن الى المستحب
- ١١٨ الرابعة : متى يجب ان يقام الصلاة
- الخامسة : ذهب مالك وكثير من العلماء الى انه لا يدخل
- دراة الاوامم اذا كان قراءاة الركعة

- ١١٨ (الفصل الرابع) . في معرفة ما يجب على المأموم ان يتبع فيه الامام
- ١١٩ (المسألة الثانية) . في صلاة القائم خلف القاعد
- ١٢٠ (الفصل الخامس) . في صلاة الأتباع
- ١٢١ (الفصل السادس) . اتفقوا على انه لا يحسن الامام مع المأموم
شيئا من فرائض الصلاة ما عدا القراءة .
- ١٢٢ (الفصل السابع) . اتفقوا على انه اذا طرأ عليه حدث في الصلاة
تقطع انه صلاة المأمومين ليست تقدر .
- ١٢٣ (الباب الثالث) . من الجملة الثالثة وفي اربعة فصول
- (الفصل الاول) . في دعوت الجماعة الى
- ١٢٤ (الفصل الثاني) . في شروط الجماعة
- ١٢٥ (الفصل الثالث) . في اركان الجماعة
- السؤال الاول في اركان الجماعة هل هو شرط في صحة الصلاة وركنه
من اركانها ام لا ؟
- ١٢٦ « الثانية . واختلفت الفقيهات فالحوا بدعوتهم في القدر المجرى مرة
- ١٢٧ « الثالثة . واختلفوا في الارضات يعلم الجماعة والاقام يطلب .
- ١٢٨ « الرابعة . اختلفوا فيما جاء يعلم الجماعة والاقام على المستبر
- ١٢٩ (الفصل الرابع) . في اعطاء الجماعة وفي اربعة مسائل
- السؤال الاول . اختلفوا في نظر الجماعة
- ١٣٠ (الباب الرابع) . في صلاة السفر وفيه فصول
- (الفصل الاول) . في الفقرة

- ١٤٤ (الفصل الثاني) . في المجموع وفيه ثلثة مسائل
المسألة الأولى . في هواز .
- ١٤٥ « الثانية . في صفه الجمع
« الثالثة . في مبعات الجمع
- ١٤٧ (الباب الخامس) . في صلاة الخوف
- ١٤٨ (الباب السادس) . في الحمد الثالثة . في صلاة المريضة
الحمد الرابع . وفي ثلثة أبواب
- (الباب الأول) . في الاسباب التي تقضي الأعادة وفيه مسائل
المسألة الأولى . اتفقوا على انه المدة تقطع الصلاة .
- ١٤٩ « الثانية . اختلف العلماء هل تقطع الصلاة بحدوث شيء فيه
يدى المولى اذا صدر بغير ستر
- ١٥٠ « الثالثة . اختلفوا في التفرغ في الصلاة على ثلثة اقوال
« الرابع . اتفقوا على انه المقتضى يقطع الصلاة واختلفوا في التبريم
- « الخامسة . اختلفوا في صلاة المائدة
- ١٥١ « السادسة . اختلفوا في رد سلام المولى عليه وسلم
- ١٥٢ (الباب الثاني) . في القضاء
- ١٥٣ المسألة الأولى . وفي ثلثة ثلثة اقوال
- ١٥٤ « الثانية . اذا سبغ مع اتباع الايام في الركوع
- « « . في المسائل الأولى التي هي اصول هذا الباب
وهي اتيان المأموم بجماعة مع الصلاة مع الايام .
- ١٥٥ « الثالثة . متى يلزم المأموم حكم صلاة الايام في اتباع

- ١٤٩ السَّالَةُ الْاُولَى . مَتَى يُكُونُ صَدْرُهَا لِصَلَاةِ الْجُمُعَةِ
- ١٥٠ (اَلْبَابُ الثَّلَاثُ) . مَتَى الْجُمُعَةُ اَرْبَعَةٌ فِي سَجْدَةِ السُّجُودِ وَفِيهِ اَقْوَالُ
- ١٥١ (اَلْفِعْلُ الْاَوَّلُ) . اَخْتَلَفُوا فِي سَجْدَةِ السُّجُودِ هَلْ هُوَ فَرَعٌ اَوْ سُنَّةٌ
- (اَلْفِعْلُ الْاِثْنَانِ) . اَخْتَلَفُوا فِي مَوَاضِعِ سَجْدَةِ السُّجُودِ
- ١٥٢ (اَلْفِعْلُ الثَّلَاثُ) . دَامَ اَلْاَقْوَالُ وَالْاَفْعَالُ اَتَى بِسَجْدَةٍ
- ١٥٥ (اَلْفِعْلُ الرَّابِعُ) . فِي حَقِّ سَجْدَةِ السُّجُودِ
- (اَلْفِعْلُ الْخَامِسُ) . اَتَقَدَّمَ عَلَى اَنَّهُ سَجْدَةُ السُّجُودِ مِنْ سُنَّةِ الْمُتَقَرَّرِ اَمْ لَا
- ١٥٦ (اَلْفِعْلُ السَّادِسُ) . اَتَقَدَّمَ عَلَى اَنَّهُ سُنَّةٌ لِمَنْ سَبَّحَ فِي صَلَاةٍ اَوْ سَبَّحَ
- (كِتَابُ الصَّلَاةِ الْبَاقِي) ١٥٨
- (اَلْبَابُ الْاَوَّلُ) . اَلْقَوْلُ فِي الْاَوَّلِ
- ١٦٥ (اَلْبَابُ الْاِثْنَانِ) . فِي رُكُوعِ الْغَيْرِ
- ١٦٤ (اَلْبَابُ الثَّلَاثُ) . فِي الْاَوَّلِ
- ١٦٥ (اَلْبَابُ الرَّابِعُ) . فِي رُكُوعِ دُخُولِ السُّجُودِ
- ١٦٦ (اَلْبَابُ الْخَامِسُ) . اَجْمَعُوا عَلَى اَنَّهُ فُلَامُ شَهْرِ رَجَاءٍ مَرْفُوعٌ فِيهِ ..
- (اَلْبَابُ السَّادِسُ) . فِي صَلَاةِ الْكُوفِ وَفِيهِ فُسَيْ مَائِلٌ
- السَّالَةُ الْاُثْنَوْنِ . ذَهَبَ مَا لَكَ دَاكُفِي دُجْمَرًا اَهْلُ الْحِجَازِ وَاهْلُ
- صَلَاةِ الْكُوفِ رُكُوعًا
- ١٦٧ السَّائِلَةُ . اَخْتَلَفُوا فِي الْقِرَاءَةِ فِيهِ
- ١٦٨ السَّائِلَةُ . اَخْتَلَفُوا فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَصَلِّي فِيهِ
- الرَّابِعَةُ . اَخْتَلَفُوا اَيْضًا هَلْ مِنْ شُرُوكِ الْخَلْقِ بَعْدَ الصَّلَاةِ
- ١٦٩ الْخَامِسَةُ . اَخْتَلَفُوا فِي كُوفِ الْقَمَرِ

١٧٠	(الباب السابع)	في صلاة الاستسقاء
١٧١	(الباب الثامن)	في صلاة العيدين
١٧٦	(الباب التاسع)	في سجود القراءة
١٧٩	(كتاب الطعام الميت)	
	(الباب الاول)	يستحب ان يلقه الميت
	(الباب الثاني)	في غسل الميت وفي فصول اربعة
	(الفصل الاول)	في غسل الميت
١٨٠	(الفصل الثاني)	في ثوبين الميت
١٨٠	(الفصل الثالث)	في ثوبين الميت
١٨٢	(الفصل الرابع)	في صفة الغسل وفي مسائل
	المسألة الاولى	هل يتيمم على الميت فيه
	التي	قل ابرهمنه لا يرضى الميت
١٨٢	التي	اختلفوا في ثوبين في الغسل
١٨٤	(الباب الخامس)	في الألفاظ
١٨٥	(الباب السادس)	في صفة المسح مع الجنائز
١٨٦	(الباب السابع)	في صلاة الجنائز وفي فصول
	(الفصل الاول)	في صفة صلاة الجنائز وفي مسائل
	المسألة الاولى	اختلفوا في عدد التكبير في صلاة الجنائز
١٨٧	التي	اختلفت ان من في القراءة في صلاة الجنائز
١٨٨	التي	اختلفوا في تسليم في الجنائز
	الرابعة	اختلفوا في ثقب الاطراف في الجنائز

- المائة الخامسة . اختلفوا في ترتيب جنازة الرجال والنساء ١٨٨
- المائة السادسة . اختلفوا في الذي يفوته بهمة التكبير على الجنازة ١٨٩
- المائة السابعة . اختلفوا في الصلوة على القبر ١٩٠
- (الفصل الثامن) . فيه يعلم على وجهه اولا بالتقديم ١٩١
- (الفصل التاسع) . في وقت الصلوة على الجنازة ١٩٢
- (الفصل العاشر) . في مراضع الصلوة ١٩٣
- (الفصل الحادي عشر) . في شروط الصلوة على الجنازة ١٩٤
- (الباب السادس) . في آلهة ١٩٥
- (كتاب الصيام) . وفيه قسمان احدهما في الصوم الواجب والآخرة في المنزلة الثانية .
- الركعة الاولى . وفي قسمين ٢٠١
- الركعة الثانية . وهو يومنا ٢٠٢
- الركعة الثالثة . التي ٢٠٣
- القسم الثاني . مع الصوم المفروضة وفيه مسائل ٢٠٤
- المائة الاولى . في صيام الرعية والمسافر ٢٠٥
- المائة الثانية . هو الصوم افضل او الفطر ٢٠٦
- المائة الثالثة . هو الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود او غير محدود .
- المائة الرابعة . متى يفطر المسافر ومتى يمسك ٢٠٧
- المائة الخامسة . هو يجوز للصائم في رمضان ان يشرب سقيا ثم لا يصوم فيه .

- ٢٠٨ المأنة الأولى . بغيرهم اوجب انه يكون التقاد شايها على صفه الاول
- ٢١٢ " الثانية . اذا جامع ناسيا لصوم
- ٢١٣ " الثالثة . اختلفوا في وجوب الكفارة على المرأة اذا طارعت
- ٢١٤ " الرابعة . هل هي الكفارة برئته ارمه التيب .
- ٢١٤ " الخامسة . اختلفوا في مقدار الطعام
- ٢١٥ " السادسة . في تكرار الكفارة بغير الأوتار
- ٢١٦ " السابعة . هل يجب عليه الطعام اذا ايسر ذلك معصرا
فدقت الوجوب
- ٢١٦ (كتاب الصيام الثاني) وهو المذهب اليه
- ٢٢٠ كتاب الاغتلاف
- ٢٢٥ كتاب الزكاة وفي خمسة جمل
- المجلد الاول . في معرفة ما يجب عليه وفيه مسائل
- ٢٢٧ المأنة الاولى . في زكاة الثمار الحبة والفصول
- ٢٢٨ " الثانية . في الارصه المتأخرة على ما يجب زكاة ماخرجه
- ٢٢٩ " الثالثة . اذا مات بعد وجوب الزكاة عليه .
- ٢٣٠ " الرابعة . في معرفة ما يجب فيه من الأموال .
- ٢٣٢ " الثالثة . في معرفة كم يجب رسمه كم يجب وفيه فصول
- ٢٣٤ (الفصل الاول) في مقدار الذي يجب فيه الزكاة من الفضة .
- المأنة الاولى . اختلفوا في زكاة الذهب
- ٢٣٥ " الثانية . فيما زاد من الفضة في
- ٢٣٦ " الثالثة . في زكاة الفضة في الزكاة

- ٢٢٦ المسألة الرابعة . عند ما كان راتب حنيفة انه السريفة ليس يجب
عليه احدى زكاة من يكون لطل واحد من ابناء نصاب
- ٢٢٧ الخامسة . اختلفوا في اعتبار النصاب في المدة وقدر الواجب فيه .
(الفصل الثاني) . في نصاب الزوج والواجب فيه . وفي مسائل
- المسألة الاولى . اختلفوا فيما زاد على المائة وعشرين
٢٢٨ الثانية . اذا عدم السه الواجب
الثالثة . هل يجب في صغار الزوجين
(الفصل الثالث) . في نصاب البكر وقدر الواجب فيه
(الفصل الرابع) . في نصاب النعم وقدر الواجب منه ذلك
٢٢٩ (الفصل الخامس) . في نصاب الجيوب والتمار والقدر الواجب في ذلك
٢٣٠ المسألة الاولى . اجمعوا على انه نصف الواحدة من الجيوب والتمر
بجميع حيث وردت في زكاة عنه جميع .
٢٣١ الثانية . في تقدير النصاب بالخير
٢٣٢ الثالثة . قل ما كان راتب حنيفة يجب على الرجل ما اطلع من
وزره قبل الحمار في النصاب .
(الفصل السادس) . في نصاب العروصة
٢٣٣ الجدة الرابعة . في وقت الزكاة . وفي مسائل
٢٣٤ المسألة الاولى . هل يشرط الكون في المدة
الثانية . في اعتبار عدد ربح المال
الثالثة . عدد الفوائد الواردة على مال يجب فيه الزكاة

- ٢٤٨ . المختار الرابع . في اعتبار حول المدينة .
- ٢٤٩ . الخامسة . في اعتبار حول المدينة .
- السادسة . في حول فائض المدينة .
- ٢٥٠ . السابعة . في حول نيل النعم .
- الثامنة . في جواز اقرار الزكاة قبل الحول .
- الجملة الخامسة . فيمن يجب له الصدقة . وفيه ثلثة فصول
- (الفصل الاول) . في عدد الأصناف التي يجب له وفي مسائلها .
- المادة الاولى . هل يجوز له فرق جميع الصدقة الى مئة دينار .
- ٢٥١ . الثانية . هل يؤلف قلوبهم عنهم بانه في اليوم ام لا
- (الفصل الثاني) . في صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة
- (الفصل الثالث) . في مقدار ما يطهر به ذلك .
- ٢٥٢ . (كتاب زكاة الفطر) . وفيه فصول
- الفصل الاول . في معرفة أهلها
- الثاني . في معرفة ما يجب عليه
- ٢٥٣ . الثالث . كم يجب عليه وماذا يجب عليه
- ٢٥٤ . الرابع . متى يجب عليه
- الخامس . من يجوز له
- ٢٥٥ . (كتاب الحج) . وفيه ثلثة اجناس
- الجنس الاول . يشتمل على نسبه . معرفة الموهوب وشروطه وعلى
- من يجب . ومنى يجب .

القول في الجنس الثاني . وهو تعريف افعال هذه الفاعلة .	٢٦١
القول في شروط الاقسام	٢٦٢
القول في ميقان التزامه	
القول في الزود	٢٦٣
القول في انواع هذا النوع	٢٦٨
القول في شرح انواع هذه الفاعلة	
القول في المحتج	
القول في القارة	٢٧٠
" " " " " " " "	٢٧١
" " " " " " " "	٢٧٤
" " " " " " " "	
" " " " " " " "	٢٧٦
" " " " " " " "	٢٧٧
" " " " " " " "	٢٧٨
" " " " " " " "	
" " " " " " " "	٢٧٩
القول في ترتيب التوزيع المعرف	
القول في برفه	٢٨٠
القول في شروط	٢٨١
القول في افعال المزدلفة	٢٨٤
" " " " " " " "	٢٨٥

العدد في لغة الشعر	٢٨٤
القول في الجنس الثالث	٢٨٦
الأصناف	
المقام جزاء الصبي	٢٨٩
فدية الودي . وحكم الجلاء رأي . قبل عمل الكلمة	٢٩٥
الفوائد الستة عشر	٢٠١
الودي	٢٠٢
(كتاب الجرد) . وفيه جملته	٢٠٧
(المجلد الأول) . في مدونة أحكام الحرب . وفيه مسبعة فصول	
الفصل الأول . في مدونة حكم هبة العقيقة . ولم يدر	
الثاني . في النية بما روي	٢٠٨
الثالث . فيما يجوز منه الظاهر في العدد	
الرابع . في فدية شروط الحرب	٢١٢
الخامس . في عبد الله . ويجوز الفار منهم	٢١٢
السادس . هل يجوز الملائمة	
السابع . لما روي	٢١٤
(المجلد الثاني) . وفيه مسبعة فصول	٢١٥
الفصل الأول . في حكم الخمس	
الثاني . في الربيعة والخمسة	٢١٦
الثالث . في الاثقال . وفي مسائل	٢١٩

(٤١)

- ٢٤٠ المالك الاول . قدم قالوا يكون منه النسخ الواجب عليه الى
 ٢٤١ الثانية . في مقدار ما هو مأمور به ينقل منه زعمه
 ٢٤٢ الثالثة . هل يميز الوعد بالتفصيل قبل الحرب ام لا .
 ٢٤٣ الرابعة . هل يجب سلب المقتول للعائل او ليس يجب
 ٢٤٤ (الفصل الرابع) في احوال المصلحة ان تسرد من ايده اللغات
 ٢٤٥ الخامسة . اختلفوا فيما اقتصر المصلحة من الارض منعت
 ٢٤٦ السادسة . في قسم الفرع
 المالك الاول . فيه يجوز ائمة الجزية منه
 ٢٤٧ الثانية . على ان الاضمان منظم بجهة الجزية
 ٢٤٨ الثالثة . كم الواجب
 ٢٤٩ الرابعة . كم امان الجزية
 الخامسة . فيما زاد فوق الجزية
 (كتاب الايمان) وفي جهات
 المجلد الاول . في معرفة حروب الايمان . وفي كل ثلاثة فصول
 الفصل الاول . في معرفة الايمان المطبوعة
 وتتميزها من غير الباطنة

وتميزها من غير المباحة

- ٣٣٠ (الفصل الثاني) في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة
- ٣٣١ (الفصل الثالث) في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها وفيه أربع مسائل
- المسئلة الاولى اختلفوا في الايمان بالله المنعقدة
- ٣٣٢ » الثانية اختلف العلماء فبين قال أنا كافر
- » الثالثة اتفق الجمهور في الايمان التي ليست أقساما بمعنى
- ٣٣٣ » الرابعة اختلفوا في قول القائل أقسم لو أشهد
- الجملة الثانية وفيها قسمان
- (القسم الاول) وفيه فصلان
- (الفصل الاول) في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين وفيه مسائل
- ٣٣٤ المسئلة الاولى في اشتراط اتصال القسم
- » الثانية هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين
- ٣٣٥ (الفصل الثاني) من القسم الاول
- ٣٣٦ (القسم الثاني) من الجملة الثانية وفيه فصول
- (الفصل الاول) في موجب الحث وشروطها أحكام وفيه مسائل
- المسئلة الاولى بالملك يرى السامع والمكروه بمنزلة العائد
- » الثانية مثل أن يحلف أن لا يفعل شيئا ففعل بعضه
- » الثالثة مثل أن يحلف على شيء بعينه فهم منه القصد الى معنى أعم من ذلك القلي
- ٣٣٧ » الرابعة اتفقوا على أن اليمين على نية المسحط في الطوى
- ٣٣٨ (الفصل الثاني) اتفقوا على أن الكفارة في الايمان هي الاربع مائة الف درهم
- الله في كتابه في قوله تعالى « فكفارته مائة الف درهم »
- المسئلة الاولى في مقدار الاطعام
- ٣٣٩ » الثالثة في الجزى من الكسوة
- » الثالثة وهي اختلافهم في اشتراط تنابع الايام الثلاثة في الصيام

- » الرابعة وهي اشتراط العدد في المساكين
- » الخامسة وهي اشتراط الاسلام والحرية في المساكين
- ٣٤٠ المسئلة السادسة هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب
- » السابعة وهي اشتراط الايمان في الرقبة
- (الفصل الثالث) متى ترفع الكفارة الحنت وتنجوه
- ٣٤١ ﴿ كتاب النذور ﴾ وفيه ثلاثة فصول
- (الفصل الاول) في أصناف النذور
- ٣٤٢ (الفصل الثاني) فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجملة أحكامها وفيه مسئلتان
- ٣٤٣ المسئلة الاولى اختلفوا فيمن نذر معصية
- » الثانية اختلفوا فيمن حرّم على نفسه شيئا من المباحات
- ٣٤٤ (الفصل الثالث) في معرفة الشيء الذي يلزم عنها أحكامها وفيه مسائل
- المسئلة الاولى اختلفوا في الواجب في النذر المطلق
- » الثانية اتفقوا على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله
- ٣٤٥ » الثالثة اختلفوا في داتها قهم على لزوم المشي في حج أو عمرة فبمن نذر أن يمشي الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم
- ٣٤٦ » الرابعة اختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحرا ابنه في مقام ابراهيم
- » الخامسة اتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل من سبيل البر أنه يلزمه الخ
- ٣٤٧ ﴿ كتاب الضحايا ﴾ وفيه أربعة أبواب
- (الباب الاول) في حكم الضحايا ومن المخاطب بها
- ٣٤٨ (الباب الثاني) في أنواع الضحايا وصفاتها وأسنانها وعددها وفيه مسائل
- المسئلة الاولى أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام
- ٣٤٩ » الثانية في تميز الصفات
- ٣٥١ » الثالثة في معرفة السن
- » الرابعة في العدد

٣٥٣ (الباب الثالث) يتعلق بالذبح المختص بالضحايا

المسئلة الاولى في ابتدائه

» الثانية في انتهائه

٣٥٤ الثالثة اختلافهم في الليالى التى تتخلل أيام النحر

٣٥٥ (الباب الرابع) فى أحكام لحوم الضحايا

٣٥٦ ﴿ كتاب الذبايح ﴾ وفيه خمسة أبواب

(الباب الاول) فى معرفة محل الذبح وانحر وفيه مسائل

المسئلة الاولى فى المنخقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع

٣٥٨ » الثانية فى تأثير الذكاة فى الحيوان المحرم الاكل

» الثالثة فى تأثير الذكاة فى المريضة

٣٥٩ » الرابعة هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا

» الخامسة هل للجراذ ذكاة أم لا

٣٦٠ » السادسة هل للحيوان الذى يأوى فى البرتارة وفى البحر نارة ذكاة أم لا

(الباب الثانى) فى الذكاة وفيه مسئلتان

المسئلة الاولى فى أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام

» الثانية فى صفة الذكاة وفيها مسائل

٣٦١ » الاولى المشهور عن مالك فى ذلك هو قطع الودجين والحلقوم

» الثانية بشرط قطع الحلقوم أو المرئ

» الثالثة فى موضع القطع

» الرابعة وهى ان قطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق لا يجوز

٣٦٢ » الخامسة فى عمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاخ

» السادسة هل من شرط الذكاة أن تكون فى فور واحد

(الباب الثالث) فيما تكون به الذكاة

٣٦٣ (الباب الرابع) فى شروط الذكاة وفيه ثلاث مسائل

المسئلة الاولى فى اشتراط التسمية

- ٣٦٤ » الثانية في اشتراط البسمة
» الثالثة في اشتراط النية
٣٦٥ (الباب الخامس) فمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز وفيه مسائل
المسئلة الاولى في ذبائح أهل الكتاب
٣٦٥ المسئلة الثانية في ذبائح نصارى بنى تغلب المرتدين
٣٦٦ » الثالثة اذا لم يعلم ان أهل الكتاب سمو على الذبيحة
٣٦٨ ﴿ كتاب الصيد ﴾ وفيه اربعة ابواب
(الباب الاول) في حكم الصيد وفي محل الصيد
(الباب الثانى) فيما به يكون الصيد
٣٧٢ (الباب الثالث) في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها
٣٧٥ (الباب الرابع) فمن يجوز صيده
﴿ كتاب العقبة ﴾
٣٧٧ ﴿ كتاب الاطعمة والاشربة ﴾ وفيه جملتان
الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار وفيها مسائل
٣٨٠ المسئلة الاولى في السباع ذوات الاربع
٣٨١ » الثانية اختلفوا في ذوات الحافر الانسي
٣٨٢ » الثالثة اختلفوا في الحيوان المأمور بقتله في الحرم
٣٨٥ مسئلة في جواز الانتباز في الاسقية
٣٧٦ مسئلة في انتباز الخليطين
الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطرار

الجزء الثاني

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضي أبي الوليد محمد

ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي

الشهير بـ (ابن رشد الحفيد) المتوفى

سنة ٥٩٥ هجرية رحمه

الله تعالى

—•••••—

﴿ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩ هجرية ﴾

(على نفقة محمد أمين الخالنجي الكسبي وشركاه)

—•••••—

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ

الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية

المحفوظة بدار كتب سعادة أحمد بك تيمور

طبع بمطبعة بحاليّة - بمصر

(الكاتبة بحارة الروم بعطقة التتري)

(لاصحابها محمد أمين الخالنجي وشركاه - وأحمد عارف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب النكاح ﴾

واصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة ابواب ، الباب الاول في مقدمات النكاح ، الباب الثاني في موجبات صحة النكاح ، الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ، الباب الرابع في حقوق الزوجية ، الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها والفاسدة

(الباب الاول)

وفي هذا الباب اربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة وفي النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور . وقال أهل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت * وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر به في قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفي قوله عليه الصلاة والسلام : ننا كحوا فاني مكاتركم الامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الاباحة . فاما من قال انه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل وهو الذي ليس له أصل معين يستند اليه وقد أنكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به .

(وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة * وسبب الخلاف هل يحل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فاما الخطبة على الخطبة فان النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام واختلقوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه أولاً يدل وان كان يدل فعلى أى حالة يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعاً وثالث وهو انه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن القاسم انما منع النهى اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح . وأما ان كان الاول غير صالح والثانى صالح جاز . وأما الوقت عند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا فى أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان أباهم بن حذيفة ومعاوية بن أبى سفيان خطباها فقال . أما أبوجهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء . وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحى أسامة . وأما انظر الى المرأة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين * والسبب فى اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقاً وورد بالمنع مطلقاً وورد متيداً أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء فى قوله تعالى «ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها» انه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها فى الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء

(الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان ، الركن الاول فى معرفة كيفية هذا العقد ، الركن الثانى فى معرفة محل هذا العقد ، الثالث فى معرفة شروط هذا العقد

(الركن الاول) فى الكيفية والنظر فى هذا الركن فى مواضع فى كيفية الاذن المنعقدة ومن المعتبر رضاه فى لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل إن تراخى القبول من أحدهما قد ينزىم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور .

(الموضع الاول) الاذن فى النكاح على ضربين فهو واقع فى حق الرجال واليتيم من النساء بالالفاظ وهو فى حق الابكار المستأذونات واقع بالسكوت أعنى الرضا . وأما الردف باللفظ ولا خلاف فى هذه الجملة الا ما حكى عن أصحاب الشافعى ان اذن البكر اذا كان المنكح غير أب

ولا جدد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام:
الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماها وانفقوا على انعقاد
النكاح بلفظ النكاح من اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاد بلفظ
الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي
لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج * وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ
الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فن الحق بالعقد التي يعتبر فيها الا مران قال لانكاح
منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه
اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق اذافهم المعنى الشرعى من ذلك أعنى انه اذا كان بينه وبين
المعنى الشرعى مشاركة .

(الموضع الثانى) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين،
أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما أعنى الزوج والزوجة إمام مع الولي وإماده على
مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها، والثانى يعتبر فيه رضا الاولياء
فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر
منها قواعد وأصولها فنقول . أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لا مرأته قسم فأنهم
اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح .

واختلفوا هل يحبر العبد على النكاح سيده والوصى بحجوره البالغ أم ليس بحجيره فقال مالك
يحبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يحبره * والسبب في اختلافهم
هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصى بحجوره
والخلاف في ذلك موجود في المذهب * وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح
المنظورة أم ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ . وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي أن لا
يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب
البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام : والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكى عن الحسن البصرى
واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك
والشافعي وابن أبى ليلى للاب فقط ان يحبرها على النكاح وقال أبو حنيفة وأثوري
والاوزاعي وأبو ثور وجماعة لا بد من اعتبار رضاها وافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد
القولين عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا العموم وذلك ان ما روى عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله: لا تنكح اليتيمة إلا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة في نفسها خروجه
أبو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة
والسلام في حديث ابن عباس المشهور: والبكر تستأمر يوجب بعمومه استئثار كل بكر
والعموم أقوى من دليل الخطاب مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه
الصلاة والسلام: والبكر يستأذنها أبوها وهو نص في موضع الخلاف. وأما الثيب الغير البالغ
فإن ما نكحوا باحنية فلا يحجرها الأب على النكاح وقال الشافعي لا يحجرها وقال المتأخرون أن
في المذهب فيها ثلاثة أقوال، قول أن الأب يحجرها ما لم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب، وقول
أنه يحجرها وإن بلغت وهو قول سحنون، وقول أنه لا يحجرها وإن لم تبلغ وهو قول أبي نعيم والذي
حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن أقصر وغيره عنه * وسبب
اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام: تستأمر اليتيمة
في نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا باذنها يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما جمع عليه الجمهور
من استئثار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الثيب أحق بنفسها من وليها يتناول
البالغ وغير البالغ وكذلك قوله: لا تنكح إلا به حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن يدل بعمومه
على ما قاله الشافعي ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من
موضع الإجماع وذلك أنهم لما اجمعوا على أن الأب يحجر البكر غير البالغ وأنه لا يحجر الثيب
البالغ إلا خلافاً لما فيها جميعاً كما قلنا اختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر
فمن قال الصغر قال لا يحجر البكر البالغ ومن قال البكارة قال يحجر البكر البالغ ولا يحجر الثيب الصغيرة
ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد قال يحجر البكر البالغ والثيب الغير البالغ،
والتعليل الأول لتعليل أبي حنيفة، والثاني لتعليل الشافعي، والثالث لتعليل مالك والأصول أكثر
شهادة لتعليل أبي حنيفة واختلفوا في الثبوت التي ترفع الإجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد
فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثبوت التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وإنها
لا تكون بزنا ولا بفصص وقال الشافعي كل ثبوت يرفع الإجبار * وسبب اختلافهم هل يتعلق
الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها بالثبوت الشرعية أم بالثبوت اللغوية
واتفقوا على أن الأب يحجر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنه الصغيرة البكر ولا تستأمرها
لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع
وإنها بنت تسع بالنكاح أبي بكر أبهارضى الله عنه إلا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة

واختلفوا من ذلك في مسئلتين ، أحدهما : هل يزوج الصغيرة غير الأب ، والثانية هل يزوج الصغير غير الأب . فاما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا فقال الشافعي زوجها الجد أبو الأب والأب فقط وقال مالك لا يزوها إلا الأب فقط أو من جعل الأب له ذلك اذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولابة من أب وقرىب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام : والبركتان متأتان من وادئها صماتها يقتضى العموم في كل بكر الا ذات الأب التي خصصها لاجماع الا خلافاً الذي ذكرناه وكون نسائهم الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم بوجوب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لانه في معنى الأب اذا كان أباً أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الأب رأى أن مال الأب في ذلك غير موجود لغيره إمام من قبل الشرع أن خصه بذلك وامام من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره وهو الذي ذهب اليه مالك رضي الله عنه وما ذهب اليه أظهر والله أعلم إلا أن يكون هناك ضرورة وقد احتججت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الأب بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق إلا على غير البالغة والفرق الثاني قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتمة والمستأمرة هي من أهل الاذن وهي البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يحجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع ولا ولتلك أن يقولوا ان هذا حكم اليتمة التي هي من أهل الاستئمار وأما الصغيرة فتسكوت عنها . واما هل يزوج الولي غير الأب الصغير فان مالكاً أجازة للوصي وأباحنيفة أجازة للاولياء إلا أن أباحنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس لغير الأب انكاحه * وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب فن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الأب لم يحجز ذلك ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملك المرأة ذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا .

وأما الموضع الثالث * وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على أنه لا يجوز وقال أبو نوري يجوز * والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار

والبيوع التي يجوز فيها الخيار أو قول أن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أو قول أن أصل منع الخيار في البيوع هو الفرر والا نكحة لا غرر فيها لأن المقصود بها المكارمة لا المكابسة ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع. وأما رآخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فإجاز مالك من ذلك الترخي اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنهما فيبلغها النكاح فتجيزه ومن منعه مطلقاً الشافعي ومن أجازه مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه والفرقة بين الأمر الطويل والقصير مالك وسبب الخلاف هل من شرط الإنعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معاً أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع.

* (الركن الثاني في شروط العقد) *

وفيه ثلاثة فصول، الفصل الأول في الأولياء، الثاني في الشهود، الثالث في الصداق

* (الفصل الأول) *

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة، الأول في اشتراط الولاية في صحة النكاح، الموضع الثاني في صفة الولي، الثالث في أصناف الأولياء وتربيتهم في الولاية وما يتعلق بذلك، الرابع في عضل الأولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

﴿ الموضع الأول ﴾ اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي وانها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشمعي والزهري اذا عقدت المرأة نكاحاً بغير ولي كان كفوً أجاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب وبتخرج علي رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تسخلف رجلاً من الناس على انكاحها وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط النكاح من شروط الصحة لا من شروط العقد بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعني أنهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط النكاح وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالا احتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محفلة

وكذلك الآيات والسنة التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف في صحتها الاحديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك . فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فلمهر لها بما أصاب منها فان اشتجر وقال السلطان ولي من لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن . واما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فتقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف البهني في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجاً غيره) وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لا يم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صامتاً وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتهما من أن يمنعهوا النكاح وليس نهيهما عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطاباً لولي الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للاولياء وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للاولياء أولاً ولى الامر فن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه أظهر في خطاب الاولياء منه في أولى الامر فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوي الامر والاولياء قيل ان هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي مأموراً بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجحلاً لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر

أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخير عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتر أو قريبا من التواتر لأن هذا مما نعلم به البلوى ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أبا كحنتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضاً فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ولا يظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس بحجب العمل به وأيضاً فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه الاشتراط اذن الولي لمن لها ولي أعني المولى عليها وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل لا يظهر منه أنه إذا اذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح اشهاد الولي معها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) فإن المقبول منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح فظاهر هذا الآية والله أعلم أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لمعمرى ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فيما ذلت شعري تكون الآية أحق بنفسها من وليها وحديث الزهري هو أن يكون موافقا لهذا الحديث أخرى من أن يكون معارضاً له ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافياً في العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) مما ظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على أن الولي هو الذي يلى العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكي ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضاً بحديث ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا أيضاً في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لا ينكحها إياه . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد

في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال وبشبهه أن يقال ان المرأة ماثلة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التأييد مع ان ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق الى أوليائها لكن يكفي في ذلك أن يكون للاولياء الفسخ أو الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضي أن يتنقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم نواتراً أو قريباً من اتواترهم لم يتنقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين ، اما انه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كان شرطاً فليس من صحتها تميز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الا بعد مع وجود الاقرب .

(الموضع الثاني) وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سواها أضداد هذه أعني الكفر والصغر والانوثة . واختلفوا في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه . فاما العبد فالاكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشد فالمشهور في المذهب أعني عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعني الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعي ويقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب * وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال من رأى انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيداً في المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشد في المال وهما قسمان كما ترى أعني أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعني هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة وقد يمكن ان يقال إن الحالة التي بها يختار الاولياء لمولياتهم الكف غير حالة العدالة وهي خوف حقوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولتقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

(الموضع الثالث) . وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل وبمجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدينثة واختلفوا في الوصي فقال

مالك يكون الوصى ولياً ومنع ذلك الشافعي * وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستتاب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها إلا أبا نوري ولا فرق بين الوكالة والابضاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم الاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان علوا ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل والوصى عنده أولى من ولي النسب أعني وصى الاب واختلف أصحابه فممن أولى وصى الاب أو ولي النسب فقال ابن القاسم الوصى أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم المولى أولى وخالف الشافعي مالكاً في ولاية البنوة فلم يحجزها أصلاً وفي تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية للابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضاً الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبر التعصيب أعني أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر: لا نكح المرأة إلا باذن وليها أو ذى الرأي من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم: أمر ابنها ان ينكحها إياه ولا ثم اتفقوا أعني مالك والشافعي على أن الاب يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة * وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فممن هو أقرب هل الجد أو الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ، أحدها اذا زوج الاب بعد مع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الاب بعد أو الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أولاً تنتقل .

(فأما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك مرة قال ان زوج الاب بعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يحجز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصى في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعني تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب أو غير الوصى المحجور مع حضور الوصى . وقال الشافعي لا يعقد أحد مع حضور الاب لا في بكر ولا في ثيب * وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي أعني ثابتاً بالشرع في الولاية أم

ليس بحكم شرعى وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الاقرب أم ذلك حق من حقوق الله فن لم يرتب حكما شرعياً قال يجوز نكاح الابعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعى ورأى انه حق للولى قال النكاح منعقد فان أجازة للولى جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى فى المذهب أعنى ان يكون النكاح منفسخاً غير منعقد .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان مالكا يقول اذا غاب الولى الاقرب انتقلت الولاية الى الابعد وقال الشافعى تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة فى ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم فى انتقالها فى الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى غيبة الاب عن ابنته البكر فان فى المذهب فيها تفصيلا واختلافاً وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة أو قربها والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليهما من عدم الصون وإما للامرين جميعاً فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الاب مجهول الموضع أو أسيراً وكانت فى صون وتحت نفقةاتها ان لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فترجع عند الاسر وعند الجهل بمكانه واختلقوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيداً قليل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما ان عدمت النفقة أو كانت فى غير صون فانه تزوج أيضاً فى هذه الاحوال الثلاثة أعنى فى الغيبة البعيدة وفى الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامر ان اذا كانت فى غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب انها لا تزوج فى الغيبة القريبة المعلومه لما كان امكان مخاطبته وليس ببعد بحسب النظر المصاحح الذى انبنى عليه هذا النظر ان يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً وإذا قلنا انه تجوز ولاية الابعد مع حضور الاقرب فن جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو ان يكون تقدم أحدهم فى العقد على الآخر أو يكونا عقداً معاً ثم لا يخلو ذلك من ان يعلم المتقدم أولاً يعلم . فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على انها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما * واختلفوا اذا دخل الثانى فقال قوم هى للاول وقال قوم هى للثانى وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعى وابن عبد الحكم . وأما ان أنسكحاهما فلا خلاف فى فسخ النكاح فيما أعرف * وسبب الخلاف فى اعتبار الدخول أولاً اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قدر وى

انه عليه الصلاة والسلام قال: ايما امرأة انكحها وليان فهي للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضى انها للاول دخل بها الثمانى أو لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيها بقوات السلعة في البيع المكر وهو ضعيف . وأما ان لم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل أحدهما وقال شرح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روى عن عمر بن عبد العزيز .

﴿الموضع الرابع فى عضل الاولياء﴾ واتفقوا على انه ليس للولى ان يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وانها ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ما عدا الاب فاته اختلف فيه المذهب * واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة فى ذلك وهل صداق المثل منها أم لا وكذلك اتفقوا على أن للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من لهن الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كلاب فى ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق والبالغ والتيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم وكذلك الوصى فى محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر فى ذلك الامار وى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذا تزوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحالك فى ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الخلف بالطلاق واختلفوا فى النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفى الحرية وفى اليسار وفى الصحة من العيوب فالشهور عن مالك انه يحوز نكاح الموالى من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى «ان أكرمكم عند الله اتقاكم» وقال سفيان الثورى وأحمد لا تزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة واصحابه لا تزوج قرشية الا من قرشى ولا عربية الا من عربى * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: تنكح المرأة لدينها وجمالها وماله وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام: فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب فى ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وأنه لا يخرج من ذلك الا ما أخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ولم يختلف المذهب أيضاً أن الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعنى اذا كان فقيراً غير قادر على النفقة عليها قال مال عنده من الكفاءة ولم يرد ذلك أبو حنيفة . وأما الحرية فلم يختلف المذهب انها من

الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخير الامة اذا اعتقت . وأما مهر المثل فإن مالكا والشافعي
يرى ان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعنى البكر وأن
التيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء مقال وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة *
وسبب اختلافهم أما في الاب فلا اختلاف فهم دل له ان يضع من صداق ابنته البكر شيئاً أم لا .
وأما في التيب فلا اختلاف فهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع
في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا ترتفع عنها في
التصرف في النكاح والصداق والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط
الولاية ممن لم يشترطها لكن أنى الامر بالعكس ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة وهي
هل يجوز للولي ان ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعي قياساً على الحاكم
والشاهد أعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لما لك حجة في ذلك الا
ما روى من انه عليه الصلاة والسلام . تزوج أم سلمة بغير ولي لان ابنها كان صغيراً وما ثبت انه
عليه الصلاة والسلام : أعتق صفيّة فجعل صداقها عتقها والاصل عند الشافعي في أنكحة
النبي عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة
خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الاعظم .

﴿ الفصل الثاني في الشهادة ﴾

وانفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هي شرط
تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد وانفقوا على انه لا يجوز نكاح السر
واختلفوا اذا شهد شاهدين ووصيا بالكتان دل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر
ويفسخ وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بسر * وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم
شرعي أم انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الا نكار فمن قال حكم شرعي قال هي
شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط تمام والاصل في هذا ما روى عن
ابن عباس : لا نكاح الا بشاهدي عدل وولى مرشد ولا يخالف له من الصحابة وكثير من
الناس رأى هذا دخلاً في باب الاجماع وهو ضيف وهذا الحديث قد روى مرقوا ذكره
الدارقطني وذكر أن في سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينه عن النكاح عنده بشهادة فاسقين لان
المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى

الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة ، واما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان * وسبب اختلافهم هل ماتع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا والاصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام : اعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه ابوداود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجعت وقال ابو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم اعلن بالنكاح .

﴿ الفصل الثالث في الصداق ﴾

والنظر في الصداق في ستة مواضع ، الاول في حكمه واركانه ، الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة ، الموضع الثالث في تشطيره ، الموضع الرابع في التغويض وحكمه ، الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها ، الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق .
﴿ الموضع الاول ﴾ وهذا الموضع فيه اربع مسائل ، الاولى في حكمه ، الثانية في قدره ، الثالثة في جنسه ووصفه ، الرابعة في تأجيله .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجورهن » .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لا كثره حد * واختلفوا في أقله فقال الشافعي واحمد واسحق وابو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لأقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنًا وقبلة لشيء جاز أن يكون صداقاً وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور في ذلك مذهبان ، أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه . فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلاً من فضة أو مساوي الدراهم الثلاثة أعني دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل أو مساوي أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما * وسبب اختلافهم في التقدير سيان ، أحدهما تردده بين أن يكون عوضاً من الاعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موقفاً وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض

ومن جهة انه لا يجوز التراضى على اسقاطه بشبه العبادۃ والسبب الثانى معارضة هذا القياس
المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذى لا يقتضى التحديد . أما القياس الذى يقتضى التحديد فهو
كما قلنا انه عبادۃ والعبادات موقته . وأما الاثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث
سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه امرأة
فقال يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال يا رسول الله
زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شئ تصدقها
ايه فقال ما عندى الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار
لك فالتمس شيئاً فقال لا أجد شيئاً فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس
فلم يجد شيئاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا
وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنسكتكما بما معك من
القرآن قالوا فقله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتماً من حديد دليل على انه لا قدر لآفته
لانه لو كان له قدر لبينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى
مع أن القياس الذى اعقده التائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين
، إحداهما أن الصداق عبادۃ ، والثانية أن العبادۃ موقته وفي كليهما نزاع للخصم وذلك انه
قد يلقى في الشرع من العبادات ما ليست موقته بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم
وأيضاً فانه ليس فيه شبه العبادات خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر
لا احتمال ان يكون ذلك الاثراً خاصاً بذلك الرجل لقوله فيه قد أنسكتكما بما معك من القرآن
وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض رواياه انه قال قم فعلها لما ذكرانه معه من
القرآن فقام فعلها فجاء نكاحاً باجارة لكن لما التمسوا أصلاً يقيسون عليه قدر الصداق لم
يجدوا شيئاً أقرب شبهاً به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذى
استعملوه في ذلك هو انه لم قالوا اعضاء مستباح بمال فوجب ان يكون متدرجاً أصله القطع
وضعف هذا القياس هو من قبل ان الاستباحة فيها هي مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع
غير الوطء وأيضاً فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونص خلقه وهذا
استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذى به تشابه
الفرع والاصل شيئاً واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة
الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا

النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف وانما استعملوه في تعيين قدر التحديد ، وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ما أخرجه الترمذي ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك ومالك بن نعلين فقالت نعم فحوز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح * ولما اتفق الفائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت الحنفية اكون الصداق محددًا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه قال : لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر ابن عبيد عن المجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابرًا ولذلك لا يمكن ان يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ أما جنسه فكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضاً واختلفوا من ذلك في مكانين في النكاح بالاجارة وفي جعل عتق أمته صداقها * أما النكاح على الاجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال ، قول بالاجارة ، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسحه قبل الدخول وأجازه من أصحابه اصبغ وسحنون وهو قول الشافعي ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة الا في العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سببان ، أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتهاعه أم لا مر بالعكس فن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج » الآية ومن قال ليس بلزم قال لا يجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثاني هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هي مستثناة من بيع العرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة والاجارة هي عين ثابتة في مقابلة حركات وافعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستأجر . وأما كون العتق صداقا فانه

منعه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد في ذلك للاصول أعني ما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام : أعتق حفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصاً به عليه الصلاة والسلام اكثر اختصاصه في هذا الباب ووجه مفارقتها للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لانها اذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى انها قد اتلفت عليه قيمتها اذ كان انما الملقها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عايه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لازمة لنا الا ما قام الدليل على خصوصيته * وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف اعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا في العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقل أنكحتكها على عبد أو خادم من غير ان يصف ذلك وصفاً يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمي وقال ابو حنيفة يحجر على القيمة * وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصص في التشاح أوليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجري مجراه اذا المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز . وأما التأجيل فن قوم لم يحجزوه أصلاً وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئاً منه اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يحجزه الا من محدود وقدره هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من أجازوه لموت أو فراق وهو مذهب الاوزاعي * وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أولا يشبهه فن قال يشبهه لم يحجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

﴿ الموضوع الثاني في النظر في التقرر ﴾ وانفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فله قوله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » الآية * وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الا أن فيه دليلاً مسلمة وعما الا انعقاد الایماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلو وهو الذي يعنون بارضاء الستور

فقال مالك والشافعي وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر ما لم يكن الميسر وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا ان يكون محرماً او مريضاً او صائماً في رمضان او كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المتكوحه انه ليس يجوز ان يؤخذ من صداقها شيء في قوله تعالى «وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض» ونص في المطلقه قبل الميسر ان لها نصف الصداق فقال تعالى «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعني قبل الميسر وبعده الميسر ولا وسط بينهما فوجب بهذا إيجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب الا بالميسر والميسر هنا الظاهر من أمره انه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على أصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العنين المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأثيراً في إيجاب الصداق . واما الاحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهم وان من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلف في الميسر أعني القائلين باشتراط الميسر وذلك مثل أن تدعى هي الميسر وينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زياره لم تصدق وقيل ان كانت بكراً نظرت اليها النساء فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر ان قول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الاكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل إيجاب اليمين على المدعى عليه مععل أو غير مععل وكذلك القول في وجوب البينة على المدعى وسيأتي هذا في مكانه .

(الموضع الثالث في التشطير) وانفقوا اتفاقاً مجملانه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقاً انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى «فنصف ما فرضتم» الآية ، والنظر في التشطير في أصول ثلاثة في محله من الانكحة وفي موجبته من أنواع الطلاق أعني الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يرضى له من التغيرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح

الصحيح أعني ان يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد فان لم تكن افرقة فيه فسحا وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التي ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العتد أو من قبل الصداق وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها في ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العتد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وان ما كان فسحا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه * وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قل اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لانها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها . فالحكم ما يمرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فان ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون تلفا للكل وإما أن يكون نقصا وإما أن يكون زيادة وإما أن يكون زيادة ونقصا معا وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفا فيه بتقويت مثل البيع والعق والهبة أو يكون تصرفا فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تنجهز به الى زوجها فعند مالك انهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعي انه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة * وسبب اختلافهم هل تلك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أولا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقرا قال هم فيه شريكان ما لم تتعد فتدخله في منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف * واختلفوا اذا اشترت به

ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشتريته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشتريته : وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني إذا طلقت قبل الدخول وللسيد في أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس ذلك له * وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى « إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » وذلك في لفظة يعفون فأنقال في كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة وبشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا في الآية أي شرعا زائدا لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولي إما الاب وإما غيره فتد زاد شرعا فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصير العموم قوله تعالى « إلا أن يعفون » واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها الزوجانم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق * وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فمن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كانه رأى ان الحق في العين ما لم يقبض فإذا قبضت صار في الذمة .

﴿الموضع الرابع في التفويض﴾ وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » واختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا في القدر ، والموضع الثاني إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا .

(فاما المسئلة الاولى) وهي اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرأ فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لان أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح وهو قول ابى حنيفة واصحابه . وقال مالك واصحابه الزوج بين خيارات ثلاث إما ان يطلق ولا يفرض وإما ان يفرض ما تطلبه المرأة به وإما ان يفرض صداق المثل ويلزمها وسبب اختلافهم أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تعرضوهن فرضة » هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضاً فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال أولاً بينهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المتتر قدره » ولا خلاف أعلمه في انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير النفو يض وأوجب لها مهر المثل في نكاح النفو يض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تعرض بمفهومها لاستقاط الصداق في نكاح النفو يض وانما تعرضت لباحة الطلاق قبل الفرض فن كن يوجب نكاح النفو يض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يشتر اذا وقع الطلاق كما يشتر في المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا قامت الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا واصحابه والاوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداد وعن الشافعي القولان جميعا الا ان المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك . وسبب اختلافهم معارضة القياس للآخر أما لا ترفهوما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها رأيي فان كان صوابا فن الله وان كان خطأ فني أرى لها صداق امرأته من نساها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعي فقال أشهد لتضييت فيها بفضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في جروح بنت واشق خرجه أبوداود والنسائي والترمذي وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب المعوض قياسا على البيع وقال المزني عن الشافعي

في هذه المسئلة ان ثبت حديث جر وع فلا حجة في قول أحد مع السنة والذي قاله هو الصواب والله أعلم .

* (الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة) *

والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل أو عذر فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يملك والذي يفسد من قبل العذر والجهل فلا يصل فيه تشبيهه بالبيوع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة

﴿المسئلة الاولى﴾ اذا كان الصداق خمر أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعير أشاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك في ذلك رايان ، احدهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد ، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل * وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا في صحة العقد قال يعضى النكاح ويصح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم المين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ولست أذكر الآن فيه نصاً .

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبداً ويدفع الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال أبو نور وأجازة أشهب وهو قول أبي حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بامر لا يشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعي مرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه فن شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حياء يحبي به الاب على ثلاثة أقوال ، فقال أبو حنيفة وأصحابه ان شرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعي المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لا بنته وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فن شبهه بالوكيل بيع

السلمة ويشترط لنفسه حياء قال لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز. وأما تهريق مالك فلأنه اتهمه إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه قصصاً من صدق مثلاً ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد وخرج النسائي وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أمة امرأة نكحت على حياء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب يختلف فيه من قبل أنه صحفه ولكنه نص في قول مالك وقال أبو عمرو بن عبد البر إذا روت الثقات وجب العمل به.

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت واختلفوا هل يرجع بالقيمة أو بالمثل أو بغير المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة بالقيمة وقال مرة بغير المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقيس يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال أبو الحسن اللخمي ولو قيل يرجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجهاً وشذسحتون فقال النكاح فاسد ومبني الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه فمن شبهه قال يفسخ ومن لا يشبهه قال لا يفسخ.

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف إن لم يكن له زوجة وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان فقال الجمهور يجوز له واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعي وبه قال أبو ثور إلا أنه قال إن طلقها قبل الدخول إن لم يكن لها إلا المنة وقال أبو حنيفة إن كانت له امرأة فلها ألف درهم وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من ألفين أو أقل من ألف ويتخرج في هذا قول أن النكاح منسوخ لمكان القدر ولست أذكر الآن نصافيه في المذهب فهذا مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به فهو المثل إذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر في جمالها ونصابها وما لها وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ومبني الخلاف هل المثل في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال أفوله عليه الصلاة والسلام: تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث.

في الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق * واختلافهم لا يخلو ان يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت أعني وقت الوجوب . فأما اذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلاً بمائتين وقال الزوج بمائة فان اتفقا ما اختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعاً كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعاً ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه وبه قال أبو نؤير وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ير القسح كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك معال أو غير معال فن قال معال قال يحلف أبداً أقواهم شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معال قال يحلف الزوج لانها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدر أرائنا فهو مدعى عليه وقيل أيضاً يتحالفان أبداً لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع الشبهاء والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى انهما لا يستويان أبداً في الدعوى بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة وذلك انه لا يخلو دعواهما من ان يكون فيما يعادل صداق مثلها فادونه فيكون القول قولها أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبهه فن قال يشبه به قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لان الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك انه لا يجوز لهما بعد التحالف ان يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبهه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري وأحمد وأبو نؤير وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله

بعد الدخول وقال بعض أصحابه إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع المصداق فإن كان بدليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بأن القول قولها ابداً أحسن لأنهم ادعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله يمين أو بغير يمين ويمين أحسن وأما إذا اختلفا في جنس المصداق فقال هو مثلاً زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور في المذهب أنها يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها مصداق المثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو اقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال أصبغ القول قول الزوج إن كان يشبه سواء أشبه قولهما أو لم يشبه فإن لم يشبه قول الزوج فإن كان قولها مشبهاً كان القول قولها وإن لم يكن قولها مشبهاً تحالفوا وكان لها مصداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في التقدر أعني يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل * وسبب قول الفقهاء بالتناسخ في البيع ستعرف أصلاً في كتاب البيوع أن شاء الله . وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في الكالي* والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الأجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضاً متى يجب هل قبل الدخول أو بعده فنشبهه النكاح بالبيوع قال لا يجب إلا بعد الدخول قياساً على البيع إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة ومن رأى أن المصداق عبادة تشترط في الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحسب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من المصداق .

* (الركن الثالث في معرفة محل العقد) *

وكل امرأة فإنها تحل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاً إلى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة أحدها مانع العدد، والثاني مانع الجمع، والثالث مانع الرق، والرابع مانع الكفر، والخامس مانع الإحرام، والسادس مانع المرض، والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم

تأبيده والثامن مانع التطليق ثلاثاً للمطلق، والتاسع مانع الزوجية، فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً ففي هذا الباب أربعة عشر فصلاً .

(الفصل الأول في مانع النسب)

واتفقوا على أن النساء اللاتي يحرم من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمة والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت وافقوا على أن الام ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنات اسم لكل أنثى لك علمها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة . وأما الاخت فهو اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعهم ما عني الاب والام أو كليهما والعمة اسم لكل أنثى هي أخت لابيك أو لكل ذكر له عليك ولادة . وأما الخالة فهو اسم لاخت امك أو اخت كل أنثى لها عليك ولادة وبنات الاخ اسم لكل أنثى لاختك علمها ولادة من قبل امها أو من قبل أبيها أو مباشرة وبنات الاخت اسم لكل أنثى لاختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل امها أو من قبل أبيها فهو لأبناء الأعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذا الجملة والأصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين .

(الفصل الثاني في المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فثهن أربع زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الأبناء والأصل في ذلك ايضاً قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء ايضاً والأصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والأصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهو لأربع انفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء واحدة بالدخول وهي ابنة الزوج واختلوا منها في موضعين، أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج، والثانية هل تحرم بالباشرة للام للذة أو بالوطء . وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط

واختلفوا ايضا من هذا الباب في مسألة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجب به النكاح الصحيح او النكاح يشبهه فهنا ربع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على ان ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتى فى حجوركم) وصف له تأثير فى الحرمة او ليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فن قال خرج مخرج الموجود الاكثر وليس هو شرط فى الربائب اذلا فرق فى ذلك بين التى فى حجره والتى ليست فى حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطاً غير معتول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت فى حجره .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط او بالوطء فانهم اتفقوا على ان حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والاوزاعى والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو أحد قولى الشافعى وقال داود والمزنى لا يرمها الا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظراً لذالى أى عضو كان وفيه عنه خلاف ووافق أبو حنيفة فى النظر الى الفرج فقط وحمل الثورى النظر بحمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قولى فلم يوجب فى النظر شيئاً وأوجب فى اللمس * ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى «اللاتى دخلن بهن» الوطء أو التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا .

(المسئلة الثالثة) وأما الام فذهب الجمهور من كافة فتناء الامصار الى انها تحرم بالعمد على البنت دخل بها او لم يدخل وذهب قوم الى ان الام لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال فى البنت اعنى انها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط فى قوله تعالى (اللاتى دخلن بهن) يعود الى اقرب مذكور وهم الربائب فقط او الى الربائب والامهات المذكورات قبل الربائب فى قوله تعالى «وامهات نسائكم وربائكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلن بهن» فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتى دخلن بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى الثنى بن الصباج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل نكح امرأة قد دخل بها ولم يدخل فلا تحل

لهامها

(واما المسئلة الرابعة) فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح او شبهه أعنى الذى يدرأ فيه الحد فقال الشافعى الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح امها ولا ابنتها ولا نكاح ابى الزانى لها ولا ابنه وقال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى يحرم الزنا ما يحرم النكاح وامام مالك فى الموطأ عنه مثل قول الشافعى انه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابى حنيفة انه يحرم وقال سحنون اصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما فى الموطأ وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ * وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح أعنى فى دلالة على المعنى الشرعى واللغوى فنراعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى « ولأنكحوا ما نكح آبائكم » قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحكمة التى بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا ايضاً ومن شبهه بالنسب قال لا يحرم لاجتماع الاكثر على ان النسب لا يلحق بالزنا ، واقتوا فيها حكى ابن المنذر على ان الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح * واختلفوا فى تأثير المباشرة فى ملك اليمين كما اختلفوا فى النكاح .

﴿ الفصل الثالث فى مانع الرضاع ﴾

واتفقوا على ان الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أعنى ان المرضعة تنزل منزلة الام فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب * واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة القواعد منها تسع . احداها فى مقدار الحرم من اللبن . والثانية فى سن الرضاع والثالثة فى حال المرضع فى ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع الحرم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتمتع الثدي أولاً يعتبر * والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر * والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أولاً يعتبر * والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعنى الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذى يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب * والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ امام مقدار الحرم من اللبن فان قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك واصحابه وروى عن على وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثورى والاوزاعى وقالت طائفة بتحديد

القدر المحرم وهو لاء انة سموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث في ذلك بعضها بعضها فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأما انكم اللاتي أرضعنكم) الآية وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى ، أحدهما حديث عائشة وما في معناه انه قال عليه السلام : لا تحرم المصصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان : والحديث الثاني حديث سهلة في سالم انه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأن القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام : لا تحرم المصصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله : لا تحرم المصصة ولا المصتان يقتضي أن ما فوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله : أرضعيه خمس رضعات يقتضي أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وانتقوا على أن ارضاع يحرم في الحولين واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور وهو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أرواج النبي عليه السلام * وسبب اختلافهم معارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان ، أحدهما حديث سالم وقد تقدم ، والثاني حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله انه أخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرون من اخوانكم من الرضاعة فان الرضاعة من الجماعة فن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للرضع مقام الغذاء الا أن حديث سالم نازلة في

عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لأنها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير .

(المسئلة الثانية) واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعي ثبتت الحرمة به * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : فإنا الرضاعة من الجماعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن الجماعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من الجماعة قال اختلاف آيل الى أن الرضاع الذي سببه الجماعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار الموضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم انقطاع أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول عنه الى ثلاثة أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » بوجه أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع جماعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام : إنا الرضاعة من الجماعة يقتضى عمومها ان مادام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان ما لا يصل الى الحلق يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداد لا يحرم * وسبب اختلافهم هل يعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مختلط لغيره فانهم اختلفوا في ذلك أيضاً فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لو اهرق اللبن أو كان مختلطاً لم تذهب عينه * وسبب

اختلافهم هل يبقى لبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والاصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شئ طاهر .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أولاً يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والخفنة به ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أولاً يصل .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن أعني زوج المرأة أباً للرضع حتى يحرم بينهم ما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والابناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والاوزاعي والثوري لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل وبالأول قال علي وابن عباس وبالفول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعني آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح اخو ابى القعيس يستأذن علي بعد أن أنزل الحجاب قايت ان آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذنى له فقلت يا رسول الله انما أَرْضَعْتَنِي المرأة ولم يَرْضَ مِنِّي الرجل فقال انه عمك فليج عليك خرجه البخاري ومسلم ومالك فن رأى أن ما في هذا الحديث شرع زائد على ما في الكتاب وهو قوله تعالى (وأما تكم اللاتي أرضعنكم وأخوانكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة إنما ورد على جهة التأسيس لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أو جب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التي يقصدها التأسيس والبيان عند وقت الحاجة بالا حادith النادرة وبخاصة التي تكون في عين ولذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لا تقبل فيه الا شهادة أربع وبه قال الشافعي وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشوقولهما بذلك

قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشوقولها قبل الشهادة وهو مذهب أبي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه أنه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنين * والسبب في اختلافهم أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان وستأتي هذه المسئلة في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة لاثار الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعني أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبه بن الحارث قال يارسول الله إنى تزوجت امرأة فأنت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على التنب جمعا بينه وبين الاصول وهو أشبه وهي رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ واليايسة من الحيض كان لها زوج أو لم يكن حاملا كانت أو غير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى وإن وجد فليس لبناً إلا بالاشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميته * وسبب الخلاف هل يتناولها العموم ولا يتناولها ولا لبن للميته أن وجد لها بالاشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا في القول .

* (الفصل الرابع في مانع الزنا) *

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم وهل الإشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا وإلى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته أنها لا تريد إلا مس فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: طلقها فقال له انى احبها فقال له فامسكها وقال قوم ايضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا

الأصل وبه قال الحسن . واما زواج المملأعنة من زوجها المملأعنة فسنذكرها في كتاب اللعان .

* (الفصل الخامس في مانع العدد) *

واتفق المسلمون على جواز نكاح اربعة من النساء معاً وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العيب وفيما فوق الاربع اما العيب فقال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعة ماؤه قال اهل الظاهر وقال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين اثنين فقط * وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا اعني ان حده نصف حد الحر واختلفوا في غير ذلك واما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا يجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما اسلم وتحتة عشر نسوة : أمسك اربعة ماؤه فارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبهه ان يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة اعني جمع الاعداد في قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) .

(الفصل السادس في مانع الجمع)

واتفقوا على انه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) واختلفوا في الجمع بينهما ملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء في آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكتم ايما نكم) وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لا قرب مذكور ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى أقرب مذكور فيبقى قوله وأن تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا سيما ان عللنا ذلك بعلة الاخوة أو بسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت احدهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وابو حنيفة وأجازة الشافعي وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه

الصلاة والسلام: لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على أن العمة ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكركه عليك ولادة أما بنفسه وأما بواسطة ذكر آخر وان الخالة هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة أما بنفسها وأما بتوسط أنثى غيرها وهن الحرات من قبل الأم واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أم هو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار هو خاص أريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى إلى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عنده هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لم يحز لهما أن يتناكحا من هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعاً أعني اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر أنثى فلم يحز لهما أن يتناكحا هؤلاء لا يحل الجمع بينهما . وأما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم النكاح ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالخال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكر لم يحل نكاح المرأة منه لانها زوج ابية وان جعلنا المرأة ذكر أحل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لا جنبي وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

* (الفصل السابع في موانع الرق) *

واتفقوا على أنه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي وأولياؤها واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين ، عدم الطول ، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي * والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الايامي منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضي أنه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين ، أحدهما عدم الطول الى الحرية ، والثاني خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الايامي منكم) يقتضي بعمومه انكاحهن من حرا وعبد واحدا كان الحر أو غير واحد خائفا للعنت أو غير خائف لكن دليل الخطاب اقوى ههنا

والله أعلم من العموم لان هذا العموم لم يعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة في نكاح
 الاماء وانما المقصود به الا مراً بنكاحهن والا يجبرن على النكاح وهو ايضاً محمول على الندب
 عند الجمهور مع ما في ذلك من ارقاق الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين
 أعنى الذين لم يجزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما، أحدهما اذا كانت تحت حرة هل
 هي طول أو ليست بطول فقال ابو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك
 القولان، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح اكثر من أمة واحدة
 ثلاث اواربع او ثنتان فمن قال اذا كانت تحت حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال
 اذا كانت تحت حرة لم يجز له نكاح الامه ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان
 عزباً او متأهلاً لانه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه
 من العنت فله أن ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحالها قبلها وبخاصة اذا
 خشي العنت من الامه التي يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح امة ثانية
 على الامه الاولى اولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزباً اذا كان
 الخوف على العزب اكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقاً قال ينكح
 اكثر من أمة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقاً فيه نظر واذا قلنا ان له
 ان يتزوج على الحرة أمة فزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار في البقاء معه او في فسخ النكاح
 اختلف في ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولاً بجمرة هل يفارق الامه ام لا ولم يختلفوا انه
 اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها اعنى أصحاب مالك وانفقوا من هذا الباب على أنه
 لا يجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح.

﴿ الفصل الثامن في مانع الكفر ﴾

وانفقوا على أنه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تنكوا بعمم الكوافر)
 واختلفوا في نكاحها بالملك على انه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة الا ما روى في ذلك عن
 ابن عمر واختلفوا في إحلال الكتابية الامه بالنكاح وانفقوا على إحلالها بملك اليمين*
 والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تنكوا
 بعمم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن) وعموم قوله
 (والحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) وهن المسييات وظاهر هذا يقتضي العموم

سواء كانت مشركة او كتابية والجمهور على منعها والجواز قال طاوس ومجاهد ومن المجتهدين
 ماروي من نكاح المسييات في غزوة او طاس اذ استأذنه في العزل فأذن لهم وانما صار
 الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الا حراراً بالعدل لان الاصل بناء الخصوص على العموم اعني
 ان قوله تعالى «والحصنات من الذين أوتوا الكتاب» هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا
 المشركات حتى يؤمنن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم
 ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا في احلال الامة
 الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرية يقتضي اباحة
 تزويجها وباقي العموم اذا استثنى منه الحرية يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من
 يرى أن العموم اذا خصص بقي الباقي على عمومته فمن خصص العموم الباقي بالقياس أو لم ير
 الباقي من العموم المخصص عموماً قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقي العموم بعد
 التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهنا ايضا سبب آخر لا خلافهم
 وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم المؤمنات) يوجب أن لا
 يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرية يوجب ذلك والقياس من كل
 جنس يجوز فيه النكاح بالنزويح ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصلاً المسلمات والطائفة
 الثانية انهم لم يحز نكاح الامة المسلمة بالنزويح الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة
 الكتابية بالنزويح وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (إلا ما ملكت
 أيما نكم) ولا جماعهم على أن السبي محل المسبية الغير متروجة وانما اختلفوا في المتروجة هل
 يهدم السبي نكاحها وان هدم فتى يهدم فقال قوم ان سبياً معاً أعني الزوج والزوجة لم يفسخ
 نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبي
 يهدم سبياً معاً أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي وعن مالك قولان أحدهما ان السبي
 لا يهدم النكاح أصلاً والثاني انه يهدم باضلاق مثل قول الشافعي * والسبب في اختلافهم هل
 يهدم اولاً يهدم هو تردد المسترقين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين
 الكافرة التي لا زوج لها أو المستأجرة من كافر واما فريق أبي حنيفة بين ان سبياً معاً وبين
 ان سبي أحدهما قبل الآخر عند المؤثر عند في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في
 الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه
 أن لا يكون للزوجية هنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها

بالذمية فبعيد لان الذمي انما اعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه .

﴿ الفصل التاسع في مانع الاحرام ﴾

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي واحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك * وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجاه اهل الصحيح وعارضه احاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنهما من طرق شتى من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك ايضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح فمَنْ رجع هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجع حديث ابن عباس اوجع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

﴿ الفصل العاشر في مانع المرض ﴾

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه انه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح ويتخرج من قوله ايضا انه لا يفرق بينهما ان التفريق مستحب غير واجب * وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك انه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم ايضا سبب آخر وهو هل يتهم على إضرار الورثة بادخال وارث زائد أو لا يتهم . وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم اتفقوا على ان الهبة تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبر والنكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بادخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصلحا لم يعتبرها الشرع الا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصلح لطرق للناس أو

ينصرفوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس الى الظلم فلنفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يهتمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان اشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ووجه عمل القاضل العالم في ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيراً لا يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشئ وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن ان يحدث في ذلك حدم وقت صناعي وهذا كثيراً ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

﴿ الفصل الحادي عشر في مانع العدة ﴾

وافتقوا على ان النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا في من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعي والليث يفرق بينهما ولا نحل له أبداً . وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما واذا انتقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجهما مرة ثانية * وسبب اختلافهم هل قول صاحب حجة ام ليس بحجة وذلك ان مالكا وروى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدي وبين زوجها راشداً لثقتي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال أئمة امرأته نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الاول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها ور بما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله وهوانه ادخل في النسب شبهة فأشبهه الملاعن وروى عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل من كتاب او سنة او اجماع من الامة وفي بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريرها وكون المهر في بيت المال فلما بلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريرها عليه رواد الثوري عن اشد عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريرها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على انه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا ان وطئ هل يعتق عليه الولد او لا تعتق والجمهور على انه لا تعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته او غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابناً بحجة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن

ذلك وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره . واما النظر في مانع التطليق ثلاثا فسيأتى في كتاب الطلاق .

(الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا في المسيحية على ما تقدم واختلفوا أيضا في الامة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) يقتضى المسييات وغيرهن وتخيير بريرة بوجوب ان لا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق وكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شبة عن أبي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيامن العرب يوم او طاس فهزموهم وقتلوهم واصابوا لهم نساء هن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثأموا من غشيانهن من أجل ازواجهن فانزل الله عز وجل (والحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هي أليق بكتاب الطلاق فهذه هي جملة الاشياء المصححة للأنكحة في الاسلام وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس، صفة العاقد والمعتود عليها، وصفة العقد، وصفة الشروط في العقد . واما الأنكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا أعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضعين، أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام، والموضع الثاني اذا أسلم أحدهما قبل الآخر . فاما المسئلة الاولى ﴿﴾ وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعاً ومن الاختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعي وأحمد وداد وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينهما وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر وذلك انه ورد في ذلك أثران، أحدهما

مرسل مالك ان غيلان بن سلامة التقى أسلم وعنده عشرين سنة أسلمن معه فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاء والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اخترا بينهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام اعني انه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .

وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي انه اذا أسلمت المرأة قبله فنه ان أسلم في عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجه ماتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها ما جراً قبل أن تنقضي عدتها . وأما اذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت التفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح . وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضي المفارقة على الفور . وأما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فاروى من أن أباسفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بإيام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله او هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر في اسلامه ايضاً قبل .

﴿ الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ﴾

وموجبات الخيار أربعة ، العيوب ، والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة ، والثالث الفقد أعني فقد الزوج ، والرابع العتق للامة المازوجة فيعتقد في هذا الباب أربعة فصول .

﴿الفصل الأول في خيار العيوب﴾

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين ، أحدهما هل يرد بالعيوب أولاً يرد ، والموضع الثاني إذا قلنا أنه يرد فنأيها يرد وما حكم ذلك . فأما الموضع الأول فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد أو الأمساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والأمساك وهو قول عمر بن عبد العزيز * وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما هل قول صاحب حجة والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيعار رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملاً وذلك غرم لزوجها على ولها . وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيوب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع ، وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فإنهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب ، الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذي يمنع الوطء أما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والفرج وبخر الفرج وبخر الأنف فقل يرد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والتوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيين فقط القرن . والرتق فاما أحكام الرد فإن القائلين بالرد أنفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيوب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه واختلفوا أن علم بعد الدخول والميسر فقال مالك أن كان ولها الذي زوجها ممن يظن به لفر به منها أنه عالم بالعيوب مثل الأب والآخر فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء وإن كان بعيد أرجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط وقال الشافعي أن دخل لزمه الصداق كله بالميسر ولا رجوع له عليها ولا على ولي * وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه الميسر أعنى اتفاهم على وجوب المهر في النكحة الفاسدة بنفس الميسر لقوله عليه الصلاة والسلام أيعا امرأة نكحت بغير إذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيوب في البيوع وبين حكم النكحة المنسوخة أعنى بعد الدخول وانفق الزوجين قالوا بفسخ

نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة ف قيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ومحل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لأنها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل رد بالسواد والقرع وعلى الاول رد بكل عيب اذا علم انه مما خفى على الزوج

﴿ الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا في الاعسار بالصداق فكان الشافعي يقول بخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف أصحابه في قدر التلوم له فقيل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال ابو حنيفة هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ولها ان تمتع نفسها حتى يعطيها المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالايلاء والعنة . وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري لا يفرق بينهما وبه قال اهل الظاهر * وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وروى بما قالوا النفقة في متابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا باجماع او بدليل من كتاب الله أو سنة فبسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

﴿ الفصل الثالث في خيار الفقد ﴾

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته او موته في ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته اجل اربع سنين من يوم رفع أمرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته او موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة أشهر وعشراً وحملت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم ان المفقود لا يعيش الى مثله غالباً فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الاسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروي ايضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال

الشافعي وأبو حنيفة والثوري لا تنحل امرأة المفقود حتى يصبح موته وقولهم مروى عن علي وابن مسعود * والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الابوت او طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالابلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود في أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود في أرض الحرب ومفقود في حروب الاسلام أعني فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصبح موته ما خلا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه الحركة وقربه وأقصى الاجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة إلا أن يكون بموضع لا يخفى في أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني يعمر وحينئذ يورث وهذه الاقوال كلها مبناها على تجوز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعني بين القائلين بالقياس .

(الفصل الرابع في خيار العتق)

وانفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبدان لها الخيار . واختلّفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والاوزاعي وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثوري لها الخيار حرراً كان أو عبداً * وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذي كان في انكاحها باطلاً اذا كانت أمة أو الجبر على تزويجها من عبد فن قال العلة الجبر على النكاح باطلاً قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال نخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فإنه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حرّاً وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضاً في الوقت الذي

يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعي يكون لها الخيار ما لم يمسها وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الأوزاعي إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس يسقط خيارها .

(الباب الرابع في حقوق الزوجية)

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف . فاما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا في أربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ولزوم تجنب وعلى من تجنب . فاما وقت وجوبها فإن مالك قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغاً وأما إذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فالشافعي قولان ، أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثاني أن لها النفقة باطلاق * وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالفأب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع وإن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الأوسط مد ونصف وعلى المعسر مد * وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الاطعام محدودواختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وإن وجبت فكيف يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة إذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم يجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلاً شرعياً لا يحجب النفقة على الخادم الا تشبيهه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على أن الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية . وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على أنها تجب للحررة الغير ناشز واختلفوا في الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على أنها لا تجب لها نفقة وشذوذهم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله

عليه الصلاة والسلام: ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع بوجوب أن لا نفقة للناشز. وأما الامة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا فقليل لها النفقة كالحرّة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضا أن كانت تأتيه فلها النفقة وإن كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذي تأتيه وقيل إن كان الزوج حرّا فعليها النفقة وإن كان عبداً فلا نفقة عليه * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لا نفقة لها إلا على سيدها الذي يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضرباً من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتي زوجها في كل أربعة أيام. وأما على من تجب فانفقوا أيضاً أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه * وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه في ماله. وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب إلا بإيجاب السلطان وإنما اختلفوا فيمن التول قوله إذا اختلفوا في الاتفاق وسيأتي ذلك في كتاب الأحكام إن شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهما في القسم لمساواة من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام: إذا كانت للرجل امرأتان فإلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام: كان إذا أراد السفر أقرع بينهما واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولاً يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعي وأصحابهما يقيم عند البكر سبعمائة وعند الثيب ثلاثاً ولا يحتسب إن كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج وقال أبو حنيفة الإقامة عندهن سواء بكرة أو ثيباً ويحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى * وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان: إذا تزوج البكر أقام عندها سبعمائة وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلِكَ هو إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وإن شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه خرجه مالك والبخاري ومسلم وحديث أنس حديث بصري

خرجه أبو داود فصار أهل المدينة إلى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة إلى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعا وعند اثيب ثلاثا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب * وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على التنبؤ أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك أن قوماً أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها وهو مشهور قول مالك * وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعني إيجابه أو متضمنة أمره فتقطع فن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع إذا دلل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وانها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال يجب عليها الرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثدي غيرها فعلمها الرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا إجماع لقوله سبحانه (فإن أرضعن لكم فآتهن أجورهن) (الباب الخامس في النكحة المنهي عنها بالشرع والآن نكحة الفاسدة وحكمها) والآن نكحة التي ورد النهي فيها مصرحاً أربعة . نكاح الشغار . ونكاح المتعة . والخطبة على خطبة أخيه . ونكاح المحلل . فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلاً آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه بضع الأخرى واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه * واختلفوا إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا فقال مالك لا يصح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي إلا أنه قال إن سمي لأحدهما صداقاً ولهما ما فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سمي به فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور والطبري * وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معطل بعدم العوض أو غير معطل فإن قلنا غير معطل لزم الفسخ على الإطلاق وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكان مالك كارضى الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به أو رأى أن النهي إنما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهي يدل على فساد المنهي .

﴿وأما نكاح المتعة﴾ فإنه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات أنه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام أو طاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا أن ابن عباس كان يحسب لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه إلى أجل مسمى وروى عنه أنه قال: ما كانت المتعة إلا رحمة من الله رحم بها أمة محمد ولولا نهى محمد عنها ما اضطر إلى الزنا لالاشقي وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمر بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول: تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ونصفنا من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الأس.

﴿وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غير﴾ فقد تقدم أن فيه ثلاثة أقوال، قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وقرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحلل أعني الذي يقصد بنكاحه تحليل المطاوعة ثلاثاً فإن مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعي هو نكاح صحيح . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأنيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأنيم فساد العقد تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال النكاح فاسد فهذه هي النكحة الفاسدة بالنهي . وأما النكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لا تفسد النكاح باتفاق وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أولاً ولزومها مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى أو لا ينتلها من يدها فقال مالك أن اشتراط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك عيب يعتق أو طلاق فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الأول أيضاً وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة وقال الأوزاعي وابن شبرمة لها شرطها وعليه

الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء يتصون بها وقول الجماعة مروى عن علي *
 وقول الاوزاعي مروى عن عمر * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما
 العموم فحديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته كل شرط
 ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط . واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن
 النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : احق الشروط ان يوفى به ما استحللتم به الفروج والحديثان
 صحيحان خرجهما البخارى ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص
 على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك واما
 الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا اعنى في
 لزومها وعدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

﴿ واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت ﴾ فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده
 وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح
 محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولما اذ يرجع
 من الاخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس وذلك في الاكثر فيفسخه قبل الدخول
 ويثبت بعده والا صل عنده فيه أن لا يفسخ ولكنه يحاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد
 انه يفتى بحواله الاسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة
 والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب
 كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فتى كان الدليل عنده قوي يفسخ
 قبله وبعده ومتى كان ضعيفا ففسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوي متفقا عليه او
 مختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا
 وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه مرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة
 اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول او عدمه وقد نرى ان قطع ههنا القول في هذا الكتاب فان
 ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

(كتاب الطلاق)

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل ، الجملة الاولى في أنواع الطلاق ، الجملة الثانية في أركان الطلاق ، الجملة الثالثة في الرجعة ، الجملة الرابعة في أحكام المطلقات .

﴿ الجملة الاولى ﴾ وفي هذه الجملة خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعى ، الباب الثانى في معرفة الطلاق النسي من البدعى ، الباب الثالث في الخلع ، الباب الرابع في تمييز الطلاق من القسح ، الباب الخامس في التخيير والتملك .

﴿ الباب الاول ﴾ واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون فى مدخول بها وأنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة » الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضاً ولا خلاف فى هذا . وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البيونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ماسياًنى بعد واتفقوا على ان العدد الذى يوجب البيونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثاً فى اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر فى إسقاط أعداد الطلاق وان الذى يوجب البيونة فى الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رقت منهما فى هذا الباب اذن ثلاث مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ فى ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله فى الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضاً بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر واحتجوا أيضاً بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجته ثلاثاً فى مجلس

واحد فزن عليها حزناً شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقها قال طلقها ثلاثاً في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجمها وقد اخرج من انتصر لقول الجمهور بان حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طاوس وان جلة أصحابه رويوا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمر وبن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات انه طلق ركانة زوجته البتة ثلاثاً * وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من الينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما لزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التي يشترط في صحته وقوعها ككون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالندور والايمان التي ما لزم العبد منها لزمه على أي صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سداً للذريعة ولكن يبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعني في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) .

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعي ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان يختلف عنه في ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار في ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً أو بمن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشد من هذين وهو ان الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتي وغيره وروى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل فمن قال التأثير في هذا لمن يده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أي نقصانها تابع لرق النساء واخرج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعاً الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحاح . وأما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقاً ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانثوية مع الرق .

﴿المسئلة الثالثة﴾ . وأما كون الرق مؤثراً في نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم انه اجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد أجمعوا على كون الرق مؤثراً في نقصان الحد . وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أوزاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هذا دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد على أصله وبشبهه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سد بدلان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسراً عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما ترى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

﴿الباب الثاني﴾

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيها طلقة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسه فيها غير مطلق للسنة وانما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلک العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء ، واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع ، الموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة ، والثاني هل المطلق ثلاثاً أعني بلفظ اثلاث مطلق للسنة أم لا ، والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض .

﴿أما الموضع الاول﴾ فانه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر وقال أبو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون في حال الزوجية بعد

أم ليس من شرطه فن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقاً ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

﴿ وأما الموضع الثاني ﴾ فان ما لك اذهب الى ان المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي الى انه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثاً في لفظة واحدة لفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن المجلاني طلق زوجته ثلاثاً بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عند وقوع التفرقة بينهما من قبل التلاع عن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا بدعة وقول مالك والله أعلم أظهرهما من قول الشافعي .

﴿ وأما الموضع الثالث ﴾ في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها ان الجمهور قالوا يمتضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء اختلفوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يحجر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يحجر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يحرم ما لم تنتقض عدتها وقال أشهب لا يحجر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يتسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يسها فيه لم ير الا امر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسها فيه فهذا اذا أربع مسائل ، أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا ، والثانية ان وقع فهل يحجر على الرجعة أم يؤمر فقط ، والثالثة متى يقع الطلاق بعد الاجبار والتدب ، والرابعة متى يقع الاجبار .

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتدبه وكان طلاقاً لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون

الابعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذي كان يفتي به ابن عمر . وأما من لم يبر هذا الطلاق واقعاً فإنه اعتقد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده بشعر بعدم تهوذه ووقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء أم شروط كمال ونعامة فن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال ونعامة قال يقع ويندب الى أن يقع كاملاً ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي هل يجبر على الرجعة أولاً لا يجبر فن اعتقد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعاً قال هذا الامر هو على التدب .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي متى يقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فأنما صار لذلك لانه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الا آخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيأذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى بنونس بن جبسير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك انه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي متى يجبر فأنما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها الطول زمان عدة لانه الزمان الذي له فيه ارتجاعها وأما أشهب فإنه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضاً فإنه قال انما أمر براجعها ثلاثاً تطول عليها العدة فإنه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعتد بها باجماع فان

قلنا انه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغي ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الامر بالرد .

* (الباب الثالث في الخلع) *

واسم الخلع والتدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والتدية بأكثره والمبارأة باسقاطها عنه حقها عليها على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول . في جواز وقوعه أولا ثم ثانيا في شروط وقوعه أعني جواز وقوعه ثم ثالثا في نوعه أعني هل هو طلاق او فسخ . ثم رابعا فيما يلحقه من الاحكام .

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرددين عليه حديثه قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طلقا واحدة خرج به هذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزيني عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئا واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها وأما برضاها فحائز * فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومها وعلى خصوصه .

(الفصل الثاني)

فأما شروط جوازها فنما يرجع الى القدر الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذي يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء

أو من أوليائهن ممن لا تملك امرها في هذا الفصل أربع مسائل .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ أما مقدار ما يجوز أن تختلع به فان مالكا والشافعي وجماعة قالوا جائز أن تختلع المرأة أكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاه على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعراض في المعاملات رأى أن التقدير فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكأنه رأى من باب أخذ المال بغير حق .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما صفة العوض فان الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والنزور والمعلوم مثل الباقي والشارد والتمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبي حنيفة جواز الفرر ومنع المعدوم * وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع أو الأشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي اعراض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلقوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب لها مهر المثل .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضرارها والا صل في ذلك قوله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيهوهن إلا أن ياتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدا نرني وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفتنة ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة أقوال . قول انه لا يجوز أصلا . وقول انه يجوز على كل حال اى مع الضرر . وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله . وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور أن

الرشيدة تخالغ عن نفسها وان الامة لا تخالغ عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفينة مع
وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالغ الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه
الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وابو حنيفة لا يجوز لانه
لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع الرخصة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى
ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلفت بقدر مهره مثلها جاز وكان
من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث. وأما المهمة التي لا وصي لها ولا
أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على أنه يجوز خلع المالك لنفسها
وشذا الحسن وابن سيرين فقال لا يجوز الخلع الا باذن السلطان.

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق وبه قال مالك وابو حنيفة سوى بين الطلاق
والفسخ وقال الشافعي هو فسخ وبه قال أحمد وداد ومن الصحابة ابن عباس وقدر وى عن
الشافعي انه كناية فان اراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخاً وقد قيل عنه في قوله الجديد
انه طلاق وقائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائناً
لانه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ
الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقاً
بان الفسوخ انما هي التي تقتضى الفرقة الغالبة للزوج في انقراق مالم يسر رجوع الى اختياره
وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يرد طلاقاً بان الله تبارك وتعالى ذكر في
كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجاً غيره) فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد
زوج هو الطلاق الرابع وعنده هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضى قياساً على فسوخ البيع أعني
الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تنصت حكم الافتداء على انه شئ يلحق جميع أنواع
الطلاق لانه شئ غير الطلاق فبسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من
نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها.

(الفصل الرابع)

وأما الواحقه ففروع كثيرة لكن نذكر منها ما شهر . فمنها هل يرتد على المختلعة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتد إلا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتد وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتد ولم يفرق بين القور والتراخي * وسبب الخلاف ان العدة عند الفرق الاول من أحكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فمن رآها من أحكام النكاح ارتد الطلاق عنده ومن لم يرد ذلك لم يرتد . ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة إلا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالان ان رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أولا يكون . ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له ان يزوجه برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يزوجه هو ولا غيره في العدة * وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل واختلفوا في عدة المختلعة وسيأتي بعدوا واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافا فهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

﴿ الباب الرابع ﴾

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث الى قولين ، أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعني في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بزواج المرأة نفسها والمحرم فسهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ ، والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع او النكاح في العدة وان كان مما لهما ان يقيا عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

(الباب الخامس)

ومما بعد من أنواع الطلاق مما يرئى ان له أحكاما خاصة التملك والتخير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخير وذلك ان التملك هو عنده تملك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له ان بناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا ان يكون تخييراً مقيداً مثل ان يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ففي الخيار المطلق عندما لك ليس لها الا أن تختارز وجهها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تملكها عنده ان لم يقع الطلاق حتى يطول الامر بها على إحدى الروايتين أو يتفرق من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التملك الى أن تردا وتطلق والفرق عندما لك بين التملك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزلها قبل ان تطلق وليس له ذلك في التملك وقال الشافعي اختارى وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقاً الا ان يتوبه وان نواه فهو ما أراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثاً فثلاث فله عنده ان بناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار أو التملك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عندما لك في التملك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التملك وليس للزوج منكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التملك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بيني وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذي بيدك من أمرى بيدي لعلمت كيف أصنع قال فان الذي بيدي من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثاً قال أراها واحدة وانت أحق بها مادامت في عذتها وسألتني أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل بعمدون الى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء فيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التملك بشئ لان ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بمجعل جاعل وكذلك التخير وهو قول أبي محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والاوزاعي وجماعة فقهاء

الامصار وعند الشافعي أن التملك إذا أراد به الطلاق كالو كالة وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يقع الطلاق وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو بالتخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنهن كن يطلعن بنفس اختيار الطلاق وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد في الحكم لأن من عرف دلالة اللفظة أن من ملك انسانا أمر أمن الأمور أن شاء أن يفعله أولا يفعله فإنه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختاريني أو اختاري نفسك أنه ظاهر بعرفنا شرع في معنى البيئونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منها إنما كان البيئونة وإنما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج في التملك أنه لم يرد به طلاقا إذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عند نصا اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وإنما اتفقوا على أن لهما كرتها في العدد أعني في لفظ التملك لأنه لا بدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وإنما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلقت نفسها بتمليكها إياها طلاقا واحدة وإنما تكون رجعية لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة لأنه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلقت من التملك فائدة ولم قصد هوم ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التملك ثلاثا وأنه ليس للزوج منها كرتها في ذلك فلان معنى التملك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقيعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التملك طلاقا واحدة فقط أو بالتخيير فأنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لأن العلة في جعل الطلاق بأيدى الرجال دون النساء هو لتقصان عتلمهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصري أنها إذا اختارت زوجها فواحدة وإذا اختارت نفسها ثلاثا فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع ، أحدها أنه لا يقع بواحد منهما طلاق ، والثاني أنه تقع بينهما فرقة ، والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعني أن تملك بالتخيير البيئونة وبالتمليك ما دون البيئونة وإذا قلنا بالبيئونة فقبل تملك واحدة وقبل تملك الثلاث وإذا قلنا أنها تملك واحدة فقبل رجعية وقبل بائنة . وأما حكم الالفاظ التي تحيب بها

المرأة في التخيير والتملك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق .

﴿الجملة الثانية﴾ وفي هذه الجملة ثلاث أبواب ، الباب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه من لا يجوز ، الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء من لا يقع .

﴿الباب الاول﴾ وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثاني في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

* (الفصل الاول) *

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية و بلفظ صريح واختله واهل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباع الظاهر الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعمد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ونحن فأنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق ، والفراق ، والسراح وهي المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالة على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف أعني ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق أو هي باقية على دلالتها اللغوية فاذا استعملت في هذا المعنى أعني في معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية أعني اللفظ الذي يكون مجازا في دلالة وانما ذهب من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها . فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسألان

مشهورتان ، إحداهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فإن مالك والشافعي وأبا حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق إذا نطق بالفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقاً إذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعي واستثنت المالكية بأن قالت إلا أن تقرر بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل أن تسألها أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفقه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية . وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى النية لكن لم ينو ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادعى .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهي اختلافهم فيما قال لزوجته أنت طالق وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إما اثنتين وإما ثلاثاً فقال مالك هو مانوى وقد لزمه وبه قال الشافعي إلا أن يقيده فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه . وأما أبو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الأفراد لا كناية ولا تصريحاً * وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أو جب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وإن نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعني اشتراط النية مع اللفظ أو باقتراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقدرى عنه أنه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها واختلاف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاقاً بئن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فنهما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي كناية محتملة ومذهب مالك أنه إذا ادعى

في الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهية في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون قال ذلك في الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بان وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى ما نوافان كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً أو واحدة كان واحدة و يصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي الا انه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بآئنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينو لم يصدق وذلك اذا كان عنده في مذاكرته الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا أربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرئى وقتعى لانها عند من المحتملة غير الظاهرة . وأما ألقاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وان نوى طلاقاً فيحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال ، قول انه يصدق باطلاق وهو قول الشافعي ، وقول انه لا يصدق باطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو قول مالك ، وقول انه يصدق الا ان يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوق فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقاً لان العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا عنده في المشهور أو ثلاثاً واذا لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقى ان يكون ثلاثاً وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عددان يصدق في ذلك وتكون واحدة بآئنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح الالفاظ الطلاق كان أخرى ان يقبل قوله في كنيائته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في المدد ومن المحجة للشافعي

حديث ركاة المتقدم وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى أن
الطلاق في الكنايات الظاهرة اذا نوى مادون الثلاث يكون رجعا لحديث ركاة المتقدم
وصار أبو حنيفة الى انه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى
زائد على البيونة عنده * فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف
اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البيونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقض عليه
بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية. ومما اختلف فيه الصدر الاول
وفقهاء الامصار من هذا الباب أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم
أعني من قال لزوجه أنت على حرام وذلك أن مالك قال يحمل في المدخول بها على البت أى
الثلاث وينوى في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو
قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة وبه قال أصحابه الا ابن الماجشون فانه قال
لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسئلة ، والقول الثانى
انه ان نوى بذلك ثلاثا ففى ثلاث وان نوى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان
لم ينو به طلاقاً ولا يمينا فليس بشئ * هي كذبة وقال بهذا القول الثورى ، والقول الثالث انه
يكون أيضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها
وهذا القول قاله الاوزاعى ، والقول الرابع انه ينوى فيها في الموضعين في ارادة الطلاق وفي
عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعا وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه
كفارة يمين وهو قول الشافعي ، والقول الخامس انه ينوى أيضا في الطلاق وفي العدد فان
نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مول فان نوى الكذب فليس بشئ *
وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه ، والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا أن
بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين
وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة خرج به البخارى
ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك » الآية ،
والقول السابع ان تحريم المرأة كتحریم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى
« لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » وهو قول مسروق والاجدع وأبى سلمة بن أبى
عبد الرحمن والشعبي وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظاهر
وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة * وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس يمين
ولا كناية فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

﴿ الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين . إما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلية أو بخروج شيء مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان ما لك اقال لا يؤثر الا استثناء في الطلاق شيئاً وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعي اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق * وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلية أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الا استثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه . وأما ان علق الطلاق بمشيئة من نصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلية فان الافعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب ، أحدها ما يمكن أن يقع أولاً يقع على السواء كدخول الدار وقدم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزاً عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحاً الى أجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل وبحي الحيض والطمهر في ذلك روايتان عن مالك ، إحداهما وقوع الطلاق ناجزاً ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانحياز الطلاق في هذا يضعف لانه

مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فانت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هذا . وأما ان علقه بشئ يمكن ان يعلم بخبر وجهه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشئ الى الوجود . وأما ان حلف بالطلاق انها تلد انثى فان الطلاق في الحين يقع عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس بوجوب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشئ أوضحه ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلاً من الافعال انه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع قوته ومن العلماء من يرى أنه على برحتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البرحتى يموت * ومن هذا الباب اختلافهم في تبعض المطلقة أو تبعض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق . فأما مسألة تبعض المطلقة فان مالكاً قال اذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا أطلق الجزء منها مثل الثلث أو الربع وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طاعتك نصف تطليقة طلقت لان هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف اذا تبعض لم يقع . وأما اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقاً فانه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد أعني بقوله طاعتك ثلاثاً قال يقع الطلاق ثلاثاً ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بان منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فانه يتصور في العدد فقط فاذا أطلق أعداداً من الطلاق فلا يخلو من ثلاثة أحوال . إما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً أو اثنتين الا اثنتين . وإما ان يستثنى ما هو أقل واذا استثنى ما هو أقل . فاما ان يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر . وأما ان يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل ان يقول أنت طالق ثلاثاً الا واحدة . واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان ، أحدهما أن

الاستثناء لا يصح وهو مبني على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل ، والاخران الاستثناء يصح وهو قول مالك . وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالكا قال يقع الطلاق لانه انهمه على أنه رجوع منه . وأما اذا لم يقل بالثمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشئ مع ضده مستحيل وشذا أبو محمد بن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لا يقع في وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق وإنما ألزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا بالزوم لزم ان يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجة في ذلك .

﴿ الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق ﴾ وانفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبسوغ وانفقوا على انه يقع طلاق المريض ان صح واختلفوا هل ترثه ان مات أم لا . فأما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الله بن عمرو ابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وفرن أصحاب الشافعي بين أن ينوى الطلاق أولا ينوى شيئا فان نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه وان لم ينو فقولا أن أصحهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه فقرقوا بين البيع والطلاق والعتق * وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الا كراه مختار أم ليس بمختار لانه ليس يكرهه على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في ايقاع الشئ أصلا وكل واحد من الفريقين يحتاج بقوله عليه السلام : رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقعا للفظ باختياره انه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الامن أكرهه وقلبه مطمئن بالايمان) وانما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق لان الطلاق مغاظ فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك انه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصره ما ليس في المختصر انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم الزنى وبعض

أصحاب أبي حنيفة * والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فن قال هو
والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقد للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال
الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران
الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام وما
لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعق والتود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع
وألزمه أبو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فوضع عنه ولا يلزمه
طلاق ولا عق ولا نكاح ولا بيع ولا أحد في قذف وكل ما جتته جوارحه فلازم له في حد في
الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه كان لا يرى طلاق
السكران وزعم بعض أهل العلم انه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل
طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصاً في الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ما وبه
قال داود وأبو ثور واسحاق وجماعة من التابعين أعني أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي
القولان في ذلك واختاراً كثيراً صحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه
غير واقع . وأما المريض الذي يطلق طلاقاً ثانياً يموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول
ترثه زوجته والشافعي وجماعة لا يورثها والذين قالوا بتورثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة
قالت لها الميراث مادامت في العدة ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري وقال قوم لها
الميراث ما لم تنزوج ومن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى وقال قوم بل ترث كانت في العدة أو لم
تكن تزوجت أم لم تنزوج وهو مذهب مالك والليث * وسبب الخلاف اختلافهم في
وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون انما طلق في مرضه
زوجته ليقطع حظها من الميراث فن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ومن لم يهل بسد الذرائع
ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع
فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية
بجميع أحكامها ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين لانه يعسر أن يقال ان في الشرع نوعان
الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق
بين أن يصح أولاً يصح لان هذا يكون طلاقاً موقوف الحكم الى أن يصح أولاً يصح وهذا
كله مما يعسر القول به في الشرع ولكن انما أنس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت
المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من

رأى انها تترث في العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط في تورينها ما لم تنزوح فانه لخط في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا تترث زوجين ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لا تترث أصلاً و فرق الاوزاعي بين التملك والطلاق فقال ليس لها الميراث في التملك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هي ان مات وهذا مخالف للاصول جداً .

* (الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق) *

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقض عدهن في الطلاق الرجعي وانه لا يقع على الاجنبيات أعني الطلاق المطلق . وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهي طالق فان للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق باجنبيه أصلاً عم المطلق أو خص وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبي حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعني مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا زوجن * وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملاك متقدماً بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالاجنبيه ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملاك فقط قال يقع بالاجنبيه وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عم فواجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلاً الى النكاح الحلال فكان ذلك عتابه وحر جاو كأنه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا ألزمناه الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمرو بن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم .

﴿ الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق ﴾ ولما كان الطلاق على ضربين ، بائن ، ورجعي وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بيان ، الباب الاول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي ، الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

﴿ الباب الاول ﴾

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على أنها تكون بالقول والشهاد واختلقوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلقوا هل تصح الرجعة بالوطء . فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعي الى انه واجب * وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على التدب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوماً قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انتموهما قمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده ينزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك واما ابو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعي فتأس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وابي حنيفة فان ابا حنيفة يرى ان الرجعة محمولة بالوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولان المالك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعندما ملك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعا فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت في العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معها غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحه الاكل معها وقال ابو حنيفة لا بأس ان تزين الرجعية لزوجها وتطيب له وتشفق وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وابو يوسف والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم

بدخوله بقول او حر كة من تنحج او خفق نعل * واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلبة رجعية وهو غائب ثم راجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد عليها النكاح دخل بها ولم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى بها الا ان يدخل الثاني وبالفول الاول قال المدنيون من اصحابه ولم يرجع عنه لانه اثبت في موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ واما الشافعي والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذي ارجعها أحق بها دخل بها الثاني ولم يدخل وبه قال ابو داود وابو نورو وهو مروي عن علي وهو الا بين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي ارجعها مخير بين ان تكون امرأته او ان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك في الرواية الاولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتسكح زوجها غيره انه ليس له من امرها شيء ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد اجمعوا على ان الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً فان نكاح الغير لا تأثير له في ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله وبشهادة لهذا ماخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهي للاول منهما ومن باع بيعاً من رجلين فهو للاول منهما .

❦ الباب الثاني ❦

والطلاق البائن أما بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بخلاف وفي المختلعة باختلاف وهل يقع ايضاً دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح اعني في اشتراط الصداق والولي والرضا الا انه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذوقم فقالوا المختلعة لا يزوجه زوجها في العدة ولا غيره وهو لاء كانهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سحوال انه طلق امرأته نعمة بنت وهب في عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه
ففارقها فأراد رقاعة زوجها الاول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه
عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن ترجع
الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق
على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لا تحل الا بوطء بانزال
وجهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن
الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا
الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ولا
يحل الذمية عندهما ووطء زوج ذمى لمسلم ولا ووطء من لم يكن بالغاً وخالفهما فى ذلك كله
الشافعى وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع فى عقد فاسد ووقت غير
مباح وكذلك ووطء المراهق عندهم يحل ويحل ووطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون
عندهم والخصى الذى يبقى له ما يغيبه فى التفرج * والخلاف فى هذا كله آيل الى هل يتناول
اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله * واختلفوا من هذا الباب فى نكاح المحلل
أعنى اذا تزوجها على شرط أن يحللها زوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل
الدخول وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر فى ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما
يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية فى ذلك وبه قال
داود وجماعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل
أى ليس يحللها وهو قول ابن أبى ليلي وروى عن الثورى واستدل مالك وأصحابه بما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة
ابن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم: لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب
الخمر وذلك يدل على النهى والنهى يدل على فساد المنهى عنه واسم النكاح الشرعى لا ينطلق
على النكاح المنهى عنه . وأما الفرق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره)
وهذا نكح وقالوا ليس فى تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط فى صحة النكاح
كما انه ليس النهى عن الصلاة فى الدار المنصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة
ملك البقعة أو الاذن من مالكها فى ذلك قالوا اذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فاحرى
أن لا يدل على بطلان التحليل وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذا لم يوافقها على قصد هام لم يكن

لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها * واختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال أبو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعني اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول أم لا فن رأى ان هذا شئ يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه اذا هدم الثالثة فهو أخرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم .

﴿ الجملة الرابعة ﴾ وهذه الجملة فيها بيان ، الاول في العدة ، الثاني في المتعة .

﴿ الباب الاول ﴾

والنظر في هذا الباب في فصلين ، الفصل الاول في عدة الزوجات ، الفصل الثاني في عدة ملك النكاح .

﴿ الفصل الاول ﴾

والنظر في عدة الزوجات ينقسم الى نوعين ، أحدهما في معرفة العدة ، والثاني في معرفة أحكام العدة ﴿ النوع الاول ﴾ وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فألكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عادتتهن في الحيض وإما مرتفعات الحيض وإما مستحاضات والمرتفعات الحيض في سن الحيض إما مرتبات بالحمل أي بحس في البطن وإما غير مرتبات وغير المرتبات إما معروفات بسبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض وإما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لانه منصوص عليه في قوله تعالى (والمطلقات يتر بصلن بانفسهن ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللائئ يئسن من الحيض من نساءكم إن ارتبتم) الآية واختلفوا من هذه الآية في الاقراء ما هي فقال قوم هي الاطهار أعني الازمنة التي بين الدمين وقال قوم هي الدم نفسه ومن قال ان الاقراء هي الاطهار أما من فقهاء الامصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة وأما من الصحابة فابن عمرو يدين ثابت وعائشة ومن قال ان

الاقراء هي الحيض أمان فتهاء الامصار قابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى
وجماعة وأمان الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري وحكى
الأثر عن أحمد أنه قال إلا كابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي
الحيض . وحكى أيضاً عن الشعبي أنه قول إحدى عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه أنه كان يقول أنها
الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول علي وابن
مسعود هو أنها الحيض والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الاطهار أنها اذا دخلت
الرجعية عند في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للزوج ومن رأى أنها
الحيض لم تحل عنده حتى تنتضي الحيضة الثالثة * وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه
يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على
ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع
خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء
وحكا ذلك عن ابن الانباري وأيضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكور فلو كان
القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون
العشرة وقالوا أيضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء في الحوض
أى جمعه فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر
الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروء)
ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزاً واذا وصفت الاقراء
بانها هي الاطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذي
تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزاً
واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هي الحيض لان
الاجماع معتد على انها ان طلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين
احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذي رضىه الحذاق ان الآية مجملة في ذلك وان
الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هي الاطهار
حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض
ثم تطهر ثم يطلتها ان شاء قبل أن يمسه فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم

على أن طلاق السنة لا يكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام: فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هي الاطهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن ان يتأول قوله فذلك العدة أي فذلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض واقوى ما تمسك به القرء بقى الثاني ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالا يوم فالحيض هو سبب العدة بالا قرء فوجب ان تكون الاقراء هي الحيض واحتج من قال الاقراء هي الاطهار بان قال المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لا اعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبرة في تمام اعنى المشترط هي الاطهار التي بين الحيضتين ولكلا القرءين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية اظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هي الاطهار انها تنتضى بدخولها في الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فتقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعي وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي بن مسعود ومن الفقهاء الثوري واسحاق بن عبيد وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها في الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ فهذه هي حال الحائض التي تحيض . واما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك رغبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة اشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة اشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة اشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة اشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة اشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله في الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا تياس منها في المستأنف انها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل في السن الذي تياس فيه من الحيض وحينئذ تعتد بالاشهر وتحيض قبل ذلك وقول مالك مروي عن عمر بن

الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم ينتظر القرء الثاني او السنة الى ان تمضي لها ثلاثة اقراء. واما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللاتى يئسن من الحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والى من من اهل الحيض ليست يائسة وهذا الرأى فيه عسر وجرح ولو قيل انها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً اذ افهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان ما لكالم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنامن تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض اى ان شككتم في حكمهن ثم قال فى التى تبقى تسعة لا تحيض وهى فى سن من من تحيض انها تعتد بالاشهر واما سماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى ان الريبة ههنا فى الحيض وان اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يشئ منه بالقطع فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون فى هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهى فى سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول اهل الظاهر لان اليائسة فى الطرفين ليس هى عندهم من أهل العدة لا بالاقرء ولا بالشهور. واما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان. واما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان ام طال وقد قيل ان المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب واما المستحاضة فعندها عند مالك سنة اذا لم يميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان احدهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقرء وقال أبو حنيفة عدتها الاقرء ان تميزت لها وان لم تميز لها فتعد بثلاثة أشهر وقال الشافعى عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القانى من الحيضة ويكون الاصف من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها فى صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التى لا تحيض وهى من أهل الحيض والشافعى انما ذهب فى العارفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياساً

على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة : اتركي الصلاة أيام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلي الدم وانما اعتبر التميز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش : اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق خرج اخرجته اودوا وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم في الاغلب انها في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض . وخفاؤه كارتفاعه . وأما المسترابة اعني التي تجد حساً في بطنها نظن به انه حمل فانها مكثت أكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن اعني المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضمن حملهن) وأما الزوجات غير الخرائر فانهن ينقسمن أيضاً بتلك الاقسام بعينها اعني حيضاً ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض اللاتي يأتين حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى ان عدتهن ثلاث حيض كالحره وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد اعني كونه متنصفاً مع الرق وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الامة المطلقة اليائسة من الحيض أو الصغيرة فان ما لا كوا أكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحره وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان ما لا كوا اضطررب قوله مرة أخذ بالعموم وذلك في اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس في ذلك واحد . وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحره والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة وانفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امراته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقتها قبل أن يمسه هل تستأنف عدة أم لا قتال جمهور فقهاء المالكية تستأنف العدة وقالت فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولي الشافعي وقال داود ليس عليها أن تم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعي اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعي أظهر

وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الاتفاق فان أتيحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في العدة فمن مالك في ذلك روايتان ، احدهما انداخل العدتين ، والاخرى فيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تعدد بتعدد الوطاء الذي له حرمة واذا عتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرية وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن وقال الشافعي تنتقل في الوجهين معا * وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية ام من أحكام انفصالها فن قال من أحكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو أعتقت وهي زوجة ثم طلقت . وأما من فرق بين البائن والرجعي فبين وذلك ان الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهي في عدة من طلاق رجعي وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمي النظر في العدة

﴿ القسم الثاني ﴾

وأما النظر في أحكام العدد فانهم اختلفوا على أن للمعدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقة إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والتمول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وداود وأبي ثور واسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعي وجماعة * وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما السكنى والنفقة لمن تزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروي عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطنه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة

وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى فبقى على عمومته في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعد وم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحيثما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولأن المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام أنه أوجب النفقة حيث تجب السكنى فلذلك الأولى في هذه المسئلة أما أن يقال إن لها الأمرين جميعاً مصيراً إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة وأما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فمسير وجه عسره ضعف دليله وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق أو موت أو اختيار الامة نفسها إذا اعتدت واختلفو فيها في القسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هنا فنقول إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجهما الحر أربع أشهر وعشر لقوله تعالى (يترصدن بأفئسن أربعة أشهر وعشراً) واختلفو في عدة الحامل وفي عدة الامة إذا لم تأت بها حيضتها في الأربع أشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فإن لم تحض فهي عنده مستراة فتمكث مدة الحمل وقيل عنه أنها قد لا تحيض وقد لا تكون مستراة وذلك إذا كانت عادت في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا إما غير موجود أعني من تكون عادت أن تحيض من أكثر من أربع أشهر إلى أكثر من أربع أشهر وأما نادر واختلف عنه فبين هذه حالها من النساء إذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامة صار أبي حنيفة والشافعي والثوري .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامة صار عدتها أن تضع حملها مصيراً إلى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وإن كانت الآية في الطلاق وأخذاً أيضاً بحديث أم سلمة أن سبيعة

الاسامية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حلت فانكح من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي ابن أبي طالب رضى الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الامة المتوفى عنها من نحل لها فانها لا تحلوا ان تكون زوجة او ملك بمن أو أم ولد أو غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر وقال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ولها السكنى وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشراً وحجة مالك انها ليست زوجة فتعد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحضة تشبه بالامة يموت عنها سيدها وذلك مالا خلاف فيه وحجة أبي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وايسر بزوجة فتعد عدة الوفاة ولا بامة فتعد عدة أمة فوجب أن تستبرأ رحمها بعدة الاحرار . وأما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذه . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبهها بالزوجة الامة * فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب أبي حنيفة .

﴿ الباب الثاني في المتعة ﴾

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال أبو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداق مسمى وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا

التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء ، واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلققوهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتموهن وسرحوهن سراح جيلا) فاشتراط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وإن طلققوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فلم انه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان يجب لها المتعة وهذا لعمرى مخيل لانه حيث لم يجب لها صداق اقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم في كل مطلقة الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول . وأما اهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلفة لا متعة لها لكنهما معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطي . وأما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية (حقا على الحسنين) أي على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها احدات فقال مالك ليس عليها احدات

﴿ باب في بعث الحكمين ﴾

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما في التشاجر أعنى الحق من المبطل لقوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) الآية وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين ، أحدهما من قبل الزوج ، والاخر من قبل المرأة الا أن لا يوجد في اهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على ان قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين ، واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج او لا يحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما في ذلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب انه قال في الحكمين اليهما التفريق بين الزوجين والجمع وحجة الشافعي وأبي حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج واختلف أصحاب مالك في الحكمين

يطلقان ثلاثاً فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثاً ان طلقها ثلاثاً والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث علي هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيكما أن تجعما جعما وان رأيكما أن تفرقا فرقما قالت المرأة رضيبت بكتاب الله وبما فيه لي وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال علي لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة قال فاعتبر في ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين .

—*—

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الايلاء ﴾

—o—

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لا ي طأز وجهه امامه هي أكثر من أربعة أشهر او أربعة أشهر او باطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الامصار في الايلاء في مواضع منها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة أشهر المضروبة بالنص للمولى ام انما تطلق بان توقف بعد الأربعة أشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل عين أم بالايمان المباحة في الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير عين هل يكون مولياً أم لا ومنها هل المولى هو الذي قيد عينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذي لم يقيد عينه بمدة أصلاً ومنها هل طلاق الايلاء بان أو رجعي ومنها ان ابي الطلاق والنفى هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يطأها في العدة أم لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الايلاء بين فقهاء الامصار التي تنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافتهم في مسألة مسئلة منها وعيون أدلتهم وأسباب خلافتهم على ما قصدناه .

﴿المسئلة الاولى﴾ اما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعه الاشهر نفسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعي وأحمد وأبانور وداود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الاربعه الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول علي وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه وأثنوري وبالجملة الكوفيون الى أن الطلاق يقع بانقضاء الاربعه الاشهر الا ان ينيء فيها وهو قول ابن سمعود وجماعة من التابعين * وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاء وان الله غفور رحيم) أى فان فاء واقبل انقضاء الاربعه الاشهر أو بعدها فن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا ينيء حتى تنقضى المدة فن فهم من اشتراط الفئته اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) ولما اكية في الآية اربعه ادلة، أحدها انه جعل مدة التريص حثا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل في الديون المؤجلة، الدليل الثاني ان الله تعالى اضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجاوزاً أعني ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا تجاوزاً وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل، الدليل الثالث قوله تعالى (وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة. الرابع ان الفاء في قوله تعالى (فان فاء وان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفئته بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة. وأما أبو حنيفة فانه اعتقد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعي وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقدر وى ذلك عن ابن عباس.

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعي لا يقع الا بالايان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعتقد العموم اعني عموم قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر) والشافعي يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعي فوجب ان تكون اليمين التي يترتب عليها حكم الايلاء هي اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة ﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم

يخلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما الزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد يمين او بغير يمين لان الضرر يوجد في الحالتين جميعاً

﴿المسئلة الرابعة﴾ وأما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكاً ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة اشهر اذ كان النفي عنده انما هو بعد الاربعه الا شهر وأما ابو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هي الاربعه الا شهر فقط اذ كان النفي عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبي ليلى الى انه اذا حلف وقتاً ما وان كان أقل من أربعة اشهر كان مولياً يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعه الا شهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأبيد * والسبب في اختلافهم في المدة اطلاق الآية فاختلفوا في وقت النفي وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو بمجملة وكذلك اختلفوا في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ماسيأتي بعد . وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذا هو اركان الايلاء اعني معرفة نوع اليمين ووقت النفي والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق اواقع فيه .

﴿المسئلة الخامسة﴾ فاما الطلاق الذي يقع بالايلاء فعند مالك والشافعي انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب ان يحمل على انه رجعي الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال ابو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة * فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعي ومن غلب المصلحة قال بائن .

﴿المسئلة السادسة﴾ وأما هل يطلق القاضي اذا أبى النفي أو الطلاق او يحبس حتى يطلق فان مالكاً قال يطلق القاضي عليه وقال اهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه * وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف في الطلاق للمصلحة فمن راعى الاصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخلى من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأنى ذلك .

﴿المسئلة السابعة﴾ وأما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكاً يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجعي والباين وقال ابو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولى الشافعي وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة

العلماء على ان الایلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة العینين * والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة اظهر شرط الایلاء وذلك انه لا یراع في الشرع الا حيث يكون عین في ذلك النکاح بنفسه لا في نکاح آخر ولكن ان راعینا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحکم الایلاء ولذلك رأى مالک انه بحکم بحکم الایلاء بغير عین اذا وجد معنى الایلاء

﴿المسئلة الثامنة﴾ واما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أوليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت في مدة الاربعه اشهر ثلاث حیض وقال بتو له طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كائنا المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

﴿المسئلة التاسعة﴾ واما إیلاء العبد فان مالک قال إیلاء العبد شهران على النصف من إیلاء الحر قياساً على حدوده وطلاقه وقال الشافعى وأهل الظاهر إیلاءه مثل إیلاء الحر أربعة أشهر تمسكاً بالعموم والظاهر ان تعلق الإیمان بالحر والعبد سواء والایلاء عین وقياساً أيضاً على مدة العینين وقال أبو حنیفة النقص الداخل على الایلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الایلاء إیلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الایلاء على الحر غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان انما حشة منه أقل قبحاً ومن الحر أعظم قبحاً ومدة الایلاء انما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأتني للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينتقص من الایلاء الا اذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الایلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الایلاء هل ينتقل الى إیلاء الاحرار أم لا فقال مالک لا ينتقل من إیلاء العبيد الى إیلاء الاحرار وقال أبو حنیفة ينتقل فعنده ان الامة اذا اعتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى إیلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التي لا يجمع مثلها لا إیلاء عليها فان وقع وتمادی حسبت الاربعه الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها في ترك الجماع وقال أيضاً لا إیلاء على خصي ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى ان يبطأ في العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يبطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اياها في العدة أولا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة أعني بحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير عين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الاربعه الاشهر من وقت الرجعة . وأما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان صحه الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارجع فان رجعته تعتبر صحتها يساره * فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجديد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال ببقى على الاصل .

﴿ كتاب الظهار ﴾

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر برقبته) الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهرتني زوجي أو يس بن الصامت فحئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما) الايات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجدر قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بعرق من عرق قالت وأنا عينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينا أخرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول . منها في ألقاظ الظهار . ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرار الظهار بتكرار النكاح . ومنها هل الايلاء عليه . ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته أنت على كظهر امي انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضو غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأييد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لا يكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء . وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لا يسمى ظهاراً الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام . وأما اذا قال هي على كامي ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوي في ذلك لانه قد يريد بذلك الا جلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار . وأما من شبه زوجته باجنبية لا تحرم عليه على التأييد فانه ظهار عند مالك وعبد ابن الماجشون ليس بظهار * وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم .

﴿ الفصل الثاني ﴾

• وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا لا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرز رقية » وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وإضافته من طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في الممين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضاً فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » والعود عندهم هو العود في الاسلام . فأما القائلون باشتراط العود في إيجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ما هو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات ، إحداهن ان العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معاً ، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهي أضعف

الروايات عند أصحابه وقال الشافعي العود هو الإمساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت انه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الإمساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو ان يكر رلفظ الظاهر ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فليل الرواية المشهورة لما لك تنبني على أصليين ، أحدهما ان المفهوم من الظاهر هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العود الى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العود هي . إما الوطء نفسه . وإما العزم عليه وارادته والاصل الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى في الآية « فتحرير رقبة من قبل ان يمتاسا » ولذلك كان الوطء محرماً حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الإمساك لكان الظهار نفسه يحرم الإمساك فكان الظهار يكون طلاقاً وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السير والتمسيم وذلك ان معنى العود لا يخاف ان يكون تكرار اللفظ على ما رآه داود أو الوطء نفسه أو الإمساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكراراً للفظ لان ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الإمساك للوطء فان الإمساك موجود بعد فقد بقي ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الإمساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية في اجرائهم ارادة الإمساك أو الإمساك مجرى ارادة الوطء ان الإمساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبهاً بالشيء وجعلوا حكمهما واحداً وهو قرين من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الإمساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الإمساك وذلك اذا طلق أثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العود هو ارادة الامرين جميعاً أعني الوطء والإمساك . وأما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أي كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر هنا وهو قياس شبه عارضة النص . وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » وذلك يقتضي الرجوع الى القول نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعي ان المعنى في الآية ثم يعودون فيما قالوا * وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فن اعتمد المفهوم فجعل العود ارادة الوطء أو الإمساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » بمعنى في . وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العود

تكريراً للفظ. وأن العودة الثانية أعماهى ثانية للأولى التى كانت منهم فى الجاهلية ومن تأول أحد هذين فالأشبه له أن يعتد أن بنفس الظهار تحجب الكفارة كما اعتد ذلك مجاهد إلا أن يتدبر فى الآية محذوفاً وهو إرادة الإمساك فهنا إذا ثلاثة مذاهب . إما أن تكون العودة هى تكرار اللفظ ، وإما أن تكون إرادة الإمساك ، وإما أن تكون العودة هى التى فى الإسلام وهذا ينقسمان قسمين أعنى الأول والثالث ، أحدهما أن يتدبر فى الآية محذوفاً وهو إرادة الإمساك فيشترط هذا الإرادة فى وجوب الكفارة . وإما ألا يتدبر فيها محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهو هل إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو مات عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إلا أن يطلق بعد إرادة العودة أو بعد الإمساك بزمان طويل على ما يراه الشافعى وحكى عن عثمان البتي أن عليه الكفارة بعد الطلاق وإنها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلى ميراثها إلا بعد الكفارة وهذا شدوذ مخالف للنص والله أعلم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى فى العصمة واختلفوا فى الظهار من الأمة ومن التى فى غير العصمة وكذلك اختلفوا فى ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثورى وجماعة لظهار منها لا يزم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا يظهار من أمة وقال الأوزاعى إن كان يبطاً أمته فهو منها مظاهر وإن لم يبطاً فهي عينية وفيها كفارة عينية وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدلل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم » والأمة من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً أنهم قد أجمعوا أن النساء فى قوله تعالى « للذين يولون من نسائهم » ترصص أربعة أشهر « هن ذوات الأزواج فكذلك اسم النساء فى آية الظهار * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعنى تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعنى أن عموم اللفظ يقتضى دخول الأماء فى الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضى خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر من فى العصمة أم لا فذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه وإن من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط الزوج كان مظاهر أم لا وكذلك أن لم يعين وقال كل امرأة تزوجها فهي منى كظها منى وذلك بخلاف الطلاق بقول مالك فى

الظهار قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو ان يقول كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر امي فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الاول قوله تعالى أوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبهه ذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي لحديث عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظهار يشبهه بالطلاق وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » واختلفوا أيضاً من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فعن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال ، أشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعمد الجمهور تشبيهه بالظهار بالطلاق ومن ألزم المرأة الظهار فتشبهها للظهار باليمين ومن فرق فلانه رأى ان أقل اللزوم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف * وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى .

* (الفصل الرابع) *

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفها وبديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى « من قبل ان يمسسا » وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فافوقها ولانه أيضاً لفظ حرمت عليه به فاشبهه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه ، واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها إما ان تدل على ما فوق الجماع . وإما ان تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانفتحت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين

حقيقة ومجازاً قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعاً أعني الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة للعرب ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفاً لمجاز وأيضاً فان الظاهر مشبه عندهم بالايلاء فوجب ان يختص عندهم بالفرج .

* (الفصل الخامس) *

• وأما تكرار الظهار بعد الطلاق أعني اذا اطلقها بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي ان راجعها في العدة فعليه الكفارة وان راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم راجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا * وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أولاً يهدمها فمنهم من رأى ان البائن الذي هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم وأحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم .

* (الفصل السادس) *

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعي يقولان لا يتدخل الحكمان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً أو لم يكن وبه قال الاوزاعي وأحمد وجماعة وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط ان يكون مضاراً وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه باقضاء الاربعة الا شهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة أقوال ، قول انه يدخل باطلاق ، وقول انه لا يدخل باطلاق ، وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتدخلان ومن اعتبر المعنى قال يتدخلان اذا كان القصد الضرر .

* (الفصل السابع) *

والنظر في كفارة الظهار في أشياء . منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من واحدة فاما أنواعها فانهم أجمعوا على انها ثلاثة أنواع ، اعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكيناً وانها على الترتيب فالاعتاق أولاً فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فلا طعام هذا في الحر واختلفوا في العبد هل يكفر بالعتق أو لا طعام بعد اتفاقهم ان الذي يبدأ به الصيام أعني اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان اذن له سيده أبو ثور وداود وأبي ذلك سائر العلماء وأما الاطعام فاجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يحجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ومبني الخلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أولاً يملك * وأما اختلافهم في الشروط المصححة فمنها اختلافهم اذا وطء في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام إلا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعي لا يستأنف على حال . وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذي ورد في كفارة الظهار أعني أن تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لان الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعي الى أن ذلك شرط في الاجزاء وقال أبو حنيفة يحجز في ذلك رقبة الكافر ولا يحجز عندهم اعتاق الوثنية والمرتبة دليل الفرق الا انهم اختلفوا على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة أصله الا عتاق في كفارة القتل ورما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية لا يحزونه وذلك أن الاسباب في القضيتين مختلفة . وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه * ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سالمة من أي العيوب تشترط سلامتها الذي عليه الجمهور أن للعيوب تأثير في منع اجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحي والهدايا لكون الرقبة تجتمعها وحجة الفريق الثاني اطلاق اللفظ

في الآية * فسبب الخلاف معارضة الظاهر لتباس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيراً في منع
الاجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الاجزاء أو عدمه أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين
فلا خلاف عندهم في انه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة
أجاره أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي . وأما الأعمى فقال مالك لا يجوزى وقال عبد الملك
يجزى . وأما الأقطع الاذنين فقال مالك لا يجوزى وقال أصحاب الشافعي يجوزى . وأما الأصم
فاختلف فيه في مذهب مالك فقليل يجوزى وقليل لا يجوزى * وأما الآخرس فلا يجوزى عند
مالك وعن الشافعي في ذلك قولان . أما المجنون فلا يجوزى . أما الخصى فقال ابن القاسم
لا يعجنى الخصى وقال غيره لا يجوزى وقال الشافعي يجوزى واعتاق الصغير جائز في قول
عامة فقهاء الأمصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف في المذهب يجوزى . وأما
البين العرج فلا * والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القرينة وليس له
أصل في الشرع الا الضمحايا وكذلك لا يجوزى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية
كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا
كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجزاً لا اعتاقاً وكذلك الشركة لان بعض
الرقبة ليس برقة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيئاً من مال الكتابة لم يجز وان كان لم
يؤد جاز واختلفوا هل يجوزى به عتق مدبر فقال مالك لا يجوزى به تشبيهاً بالكتابة لانه عتق ليس له
حله وقال الشافعي يجوزى به ولا يجوزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى .
أما عتق أم الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انها قد يطرأ عليهما
الفسخ أما في الكتابة فن العجز عن أداء النجوم وأما في التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما العتق
الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله . واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في أجزاء
عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعي لا يجوزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه
عن ظهار أجزأه أبو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحد من الرقتين غير
واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية
والشافعية رأيت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجوزى به
فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهؤلاء قالوا لا بد أن يكون قاصداً للعتق نفسه
فكلاهما يسمى معتقاً باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الاول والاخر معتق بلازم
الاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الاول والاخر بالعكس واختلف

مالك والشافعي فممن اعتق نصفي عبيد بن فقال مالك لا يجوز ذلك * وقال الشافعي يجوز لانه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة الممثلة . وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يحجز لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذين وقع عليهم النص فمن مالك في ذلك روايتان أشهر هما ان ذلك مد بمد هشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مد وثلاث . وأما الرواية الثانية فقد مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم . وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالباً أعنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمما اذا اظهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يحجز في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يحجز في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فثنتين وان ثلاثاً فثلاثاً وان أكثر فأكثرفن شبهه بالطلاق أو جب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالابلاء أو جب فيه كفارة واحدة وهو بالابلاء أشبه ومنها اذا اظهر من امرأتين في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا أن يظهر ثم يكفر ثم يظهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة . وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى * والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعدد او كذلك ان كان اللفظ واحداً أو المظاهر ، نها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فن غلب عليه شبه الطرف الواحد أو جب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أو جب له حكمه ومنها اذا اظهر من امرأتين ثم مسحها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثرفقهاء الامصار مالك والشافعي

وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة والمجته لهم حديث سلمة بن صخر البياضي أنه ظاهر من أمر أنه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بأمر أنه قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لانه ووطئ وطئاً محرماً وهو مروي عن عمرو بن العاص وقيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبيرة وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء إلا عن العرد ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر مجدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وإنما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام.

(كتاب اللعان)

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه ، الفصل الاول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها ، الفصل الثاني في صفات المتلاعنين ، الثالث في صفة اللعان ، الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه ، الخامس في الاحكام اللازمة لتتمام اللعان ، فأما الاصل في وجوب اللعان أمامن الكتاب فتقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) الآية وأما من السنة فخارواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني اذ جاء الى عاصم بن عدي العجلاني رجل من قومه فقال له يا عاصم أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سألني يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لا أتهدى حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانامع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها

فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم
تزل تلك سنة المتلاعنين وأيضاً من طريق المعنى لما كان القراش موجبا للحقوق اننسب كان
بالناس ضرورة الى طريق يتفون به اذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان فاللعان حكم
ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك أعلمه فهذا هو القول في
اثبات حكمه .

(الفصل الاول)

واما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي اولا صورتان ، احدهما دعوى الزنا ، والثانية نفى
الحمل ودعوى الزنا لا يخلو ان تكون مشاهدة اعنى ان يدعى انه شاهدها تزني كما يشهد
الشاهد على الزنا وتكون دعوى مظنة واذا نفى الحمل فلا يخلو ان ينفيه ايضاً نفياً مطلقاً او
يزعم انه لم يقر بها بعد استبرائها فهذه اربعة احوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه
مثل ان يرميها بالزنا وينفى الحمل او يثبت الحمل ويرمى بالزنا . فاما وجوب اللعان بالقذف
بالزنا اذ ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذ ازعم انه لم يظأها بعد . واما وجوب
اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جواز الشافعي وابو حنيفة واشوري واحمد وداود وغيرهم .
واما المشهور عن مالك فانه لا يجوز للعان عند مجرد القذف وقد قال ابن القاسم ايضاً انه يجوز
وهي ايضاً رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية
ولم يخص في الزنا صفة دون صفة كما قال في ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث
الواردة في ذلك . منها قوله في حديث سعد ارايت لو ان رجلاً وجد مع امرأته رجلاً وحديث
ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يارسول لقد رايت بعيني
وسمعت باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فزلت (والذين
يرمون ازواجهم) الآية وايضاً فان الدعوى يجب ان تكون بينة كالشهادة وفي هذا الباب
فرع يختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك في ذلك روايتان ،
احدهما سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به وانفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى
الموجبة اللعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا فيما ينقض زوجته بدعوى الزنا
ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان ام لا فقال مالك والشافعي والاوزاعي وجماعة بينهم اللعان
وقال ابو حنيفة لا لعان بينهما الا ان يتنقلا ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا
يلاعن . واما ان نفى الحمل فانه كما قلنا على وجهين ، أحدهما ان يدعى انه استبرأها ولم يظأها بعد

الاستبراء وهذا ما لا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض
وقال مرة حيضة . واما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا
الشافعي واحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب
عن اصحاب الشافعي انه لا يجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف واختلفوا من هذا الباب في فرع
وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور بنفيه وهي حامل وشرط مالك انه متى لم ينفيه وهو حمل لم يجب
له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم
يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لا ينفي الولد حتى تضع وحجة مالك ومن
قال بقوله الا تارة متواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعدان النبي
عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين : قال ان جاءت به على صفة كذا فما اراه
الا قد صدق عليها قالوا وهـ ذابدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان وحجة ابى حنيفة ان
الحمل قد يتفش ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق
بظهور الحمل احكاما كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك
وعند ابى حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم
يوقت في ذلك وقتا ووقت صاحبه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من
وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة
واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها
بالفراس وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده وخمس سنين
وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكرا له وبقرىب من هذا المعنى قال
الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حد والحق به
الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء اطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك فان
الظاهرة ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة اشهر وما
قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به في مدة العصمة فما زاد على اقصر مدة الحمل وهي
الستة اشهر اعني ان يولد المولود لستة اشهر من وقت الدخول او امكانه لا من وقت العقد وشذ
ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل
بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فحاضت بولدرأس ستة اشهر من وقت العقد انه يلحق
به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لانه انما اعتقد في ذلك عموم قوله عليه

الصلاة والسلام : الولد للفراس وهذه المرأة قد صارت فراشاً له بالعقد فكانه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شئ ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات ، احداها انه يحسدو يلحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية انه يلاعن وينفى الولد ، والثالثة انه يلحق به الولد ولا يلاعن ليدرا الحد عن نفسه وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب فيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضاً من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) الآية وقال مالك والشافعي يلاعن لان الشهود لا تأثير لهم في دفع القراش .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز للعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبيدين أو أحدهما حر والآخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية ولا لعان بين كافر بين الا ان يترافعا لينا ومن قال بهذا القول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عدلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) ولم يشترط في ذلك شرطاً ومعدة الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) ويقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحذفه وكذلك الكافر فشبها ومن يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد اذا كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفي النسب وروى الاحتجاج بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبيدين والكافرين والجهوريون أنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحد ألا يشهد لنفسه . واما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الآية ثم قال (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعوا على جواز لعان الا على ما اختلفوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال ابو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فاما صفة اللعان فتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيته اتزنى وان ذلك الحمل ليس مني ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسمائه والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصلا عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

﴿ الفصل الرابع ﴾

فاما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام في الاجنبي والزوجة وقد جعل الالتعان الزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعني انه يحد وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام: ان قتلت قتلات وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثاني بان آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لا يجابه زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالتباس ولا باخبار الا حادقا لو أيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبي فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيها هو العذاب الذي يندرى عنها باليمين وللإشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور انها تحدد وحدها الرجم ان كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالحد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك

الدم بالنكول حكم زده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فعادة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق الا بالينة العادلة أو بالا عتراف ومن الواجب الا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالي في كتابه في البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي واتفقوا على انه اذا أ كذب نفسه حد والحق به الولدان كان نفي ولد أو اختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان . إما بنفسه وإما بحكم حاكم على ما نقوله بعد فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أ كذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امر أنه وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثاني انه اذا أ كذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

﴿ الفصل الخامس ﴾

فأما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل . منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشهر في ذلك في أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيمارواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة لا بعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تضعه آية اللعان ولا هو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضاً فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبهاً بالينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والنهار وابطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك

والليث وجماعة أنها تقع إذا فرغ جميعاً من اللعان وقال الشافعي إذا أكمل الزوج لعانه وقعت
الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع إلا بحكم الحاكم وبه قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي
حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسبا بكما على الله
أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وما روى أنه لم يفرق بينهما إلا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي
أن لعانها إنما تدرب به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب فوجب أن
كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيهاً بالطلاق وحجتها جميعاً على أبي حنيفة
أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على أن
اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما يثبت بينهما بحكمه وأمره صلى الله
عليه وسلم بذلك حين قال : لا سبيل لك عليها فرأى أن حكمه شرط في وقوع الفرقة كما أن
حكمه شرط في صحة اللعان * فسبب الخلاف بين من رأى أنه يقع به فرقة وبين من لم يرد ذلك
أن تريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بيناً في الحديث المشهور لانه بادر بنفسه
فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة والأصل أن لا فرقة إلا بطلاق وأنه ليس في الشرع تحريم
يتأبد أعني متفقاً عليه فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لا حتماله نفي وجوب الفرقة قال بإيجابها
. وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتدبر هذا الحكم بين أن يغلب
عليه شبه الأحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها . وأما المسئلة
الرابعة وهي إذا قلنا أن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فإن القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك
وقال مالك والشافعي هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بأن وحجة مالك تأييد التحريم به
فأشبهه ذات المحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين إذ كانت عنده
بحكم الحاكم .

* (كتاب الاحداد) *

أجمع المسلمون على أن الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة إلا الحسن
وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الخادم منه مما
لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الامة يموت
عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار
وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ورواه عن مالك وبه قال الشافعي
أعني أنه لا احداد على الكتابية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد

وقال قوم ليس على الامة المزوجة احدا وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فبين عليه احدا من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احدا . وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالك قال لا احدا الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثوري الاحدا في العدة من الطلاق البائن واجب . وأما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الخادمنه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالخلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فأقول يل الفقهاء فيما تجتنب الخادمة تقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لا يجاب الاحدا في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام: ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها افتككت حلما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك بقولها لانهم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احدا كن ترمي بالبرعة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الاحدا . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضها ثم قالت والله مالي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشر أفليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الإيجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضي وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعني هل يقتضى الوجوب أو الاباحة * وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى ان الاحدا عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج قال وشرطه الايمان في الاحدا يقتضى انه عبادة . وأما من فرق بين الامة والحرمة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان

عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق ، احدهما الاحداد ، والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذرها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم في المسكينة فمن قبل تردد هابين الحرية والامة . وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فأنما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحكم على زوجها فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبته على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فمن طويق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا تشوف اليها الرجال في العدة ولا تشوف هي اليهم وذلك سد للذريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم . كل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

* (كتاب البيوع)*

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولاً كثرتها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء ، الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة ، الثاني تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضاً أعني في كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة ، الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضاً ، الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولاً كثرتها ، الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعني اذا وقعت ، السادس نذكر فيه نوعان من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

﴿الجزء الاول﴾ ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلو يخلو أن تكون عيناً بعين أو عيناً بشئ في الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث . إما نسيئة . وإما ناجز وكل واحد من هذه أيضاً . إما ناجز من الطرفين . وإما نسيئة من الطرفين . وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا في العين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه وأسماؤه هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العتد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عيناً بعين فلا يخلو ان تكون ثمناً بثمن أو ثمناً بثمن فان كانت ثمناً بثمن سمي صرفاً وان كانت ثمناً بثمن سمي بيعاً مطلقاً وكذلك ثمنوناً بثمنون على الشروط التي تقال بعدوان كان عيناً بذمة سمي سلماً وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المراجعة سمي بيع مراجعة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

﴿الجزء الثاني﴾ واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي اسباب الفساد العامة وجدت أربعة ، أحدها تحريم عين المبيع ، والثاني الربا ، والثالث الضرر ، والرابع الشروط التي تؤل الى أحد هذين أو لجموعهما وهذه الاربعة هي بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهي انما يتعلق فيها بالمبيع من جهة ما هو بيع لا من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لاسباب من خارج فنحن الغش ومنها الضرر ومنها المكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففي هذا الجزء أبواب .

﴿الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع﴾

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالاصل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله ورسوله حرم ما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقتيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال في الخمر ان الذي حرم شر بها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ، ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وانما نجاسة الاغلافاً شاذاً في الخمر أعني في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي قبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التي قبل الحياة واختلف في الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو

الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها في المذهب
فقليل بمنعها مطلقاً وقيل باجازتها مطلقاً وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعني اباحة الزبل ومنع
العذرة واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلف فهم هل هو نجس أم لا فمن رأى أنه ناب
جعله ميتة ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب .
وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته فمنها الكلب والسنور . أما الكلب
فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب أصلاً وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق
أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين مالا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن
مالا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وأما كلبه . فأما من أراد له لاكل فاختلفوا فيه فمن أجاز
أكله أجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضاً في المأذون في اتخاذه
فقليل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيئان ، أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن
الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا
دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجاز به فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه
كلاشيء الطاهرة العين وقد تقدم أيضاً في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين وفي
كتاب الاطعمة استدلال من رأى أنه حلال ومن فرق أيضاً فعمدته أنه غير مباح الاكل ولا
مباح الانتفاع به الا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ورويت
أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء ثمان الكلاب المباحة الاتخاذ
. وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ولكن الجهور على إباحته لأنه طاهر العين مباح المنافع *
فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت
النجس وما ضارعه بعد اتفاهم على تحريم أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه
قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز إذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه
حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول إن الله ورسوله
حرموا الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازها إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة
وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ولا سيما إذا كانت
الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فإذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة
والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الإباحة أعني أنه ان كان فيها منافع سوى الاكل

فبيعت لهذا جازور وروا عن عليّ وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل إن في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل أعني لتحريم البيع واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين ، أحدهما جواز ذلك ، والاخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت إذا خلطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية إذا حلب فمالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لا يجوزه وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيع شر به فأبيع بيعه قياسا على لبن سائر الأنعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه وأنه في الأصل محرم إذ لحم ابن آدم محرم والأصل عندهم أن اللبن تابع للحم فقالوا في قياسهم هكذا الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يحز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والآن * فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفرع هذا الباب كثيرة وإنما ذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الأصول .

* (الباب الثاني في بيع الربا) *

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني أزدك وهذا والذي عناه عليه الصلاة والسلام : بقوله في حجة الوداع ألا وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، وإثنائي ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسند كره بعده . وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسبية وتفاضل الأما روى عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ربا إلا في النسبة وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول ، الفصل الأول في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبين على ذلك ، الثاني في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا

يجوز فيها النساء ، الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا ، الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً .

(الفصل الاول)

فنقول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الاصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الا ما حكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الاسواء بسواء عيناً بعين فن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان . وأما منع النسبة فيها فتأبى من غير ما حديث أشهر ما حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب والبر بالبر والاهاء وهاء والشعر بالشعر والتمر بالتمر والاهاء وهاء والشعر بالشعر بالاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضاً حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدأيدو البر بالشعير كيف شئتم يدأيدو هذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فتأبى قوم منهم أهل الظاهر انما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يمتنع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضاً أن النساء تمتنع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الا ما حكى عن ابن عليه أنه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ما عدى الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهى المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أر يده الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أر يده العام واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها الذي استتر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن متمتاً ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الاكثر وقال بعض أصحابه الربا في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم

في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونها رؤساً للأثمان وقيماً للممتلكات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخراً أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخراً وقد قيل إن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخراً وقد قلنا إن الطعم بإطلاق علة لمنع النساء في المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الأربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي ما يكفي علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعني أن كونها رؤساً للأثمان وقيماً للممتلكات هو عندهم علة منع النسبة إذا اختلف الصنف فإذا اتفقت منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدر أيتأتى فيه الكيل وسيأتي أحكام الدنانير والدرهم بما يخصها في كتاب الصرف . وأما ههنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء في علل الر بالمطلق في هذه الأشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم * فتنقول إن الذين قصروا صنفى الرباعى هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين ، أما قوم نقوا القياس في الشرع أعني استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية ، وأما قوم نقوا قياس الشبه وذلك أن جميع من الحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فأنما الحق بقياس الشبه لا بقياس العلة إلا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا إنما هي حياة الأموال يريد منع العين . وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى إذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة لأنه زعم أنه في معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعني من القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة أما الشافعية فأنهم قالوا في تثبيت علمهم الشبيهة أن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم

المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلاً بمثل فمن البين ان الطعم هو الذي علق به الحكم . وأما المال كية فانها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لا كفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربع اصناف المذكورة فلماذا ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضاً فانهم قالوا لما كان معقول المعنى في الربا انما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضاً وان تحفظ أموالهم واجب أن يكون ذلك في أصول المعاش وهي الاقوات وأما الخفية فعمد منهم في اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخير من حديث أبي سعيد وغيره الا كيلاً بكيل بدأيدراً أو أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها هم رروا في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك ما يكال ويوزن وفي بعضها وكذلك المكيل والميزان هذانص لوصحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علتهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا انما هو لما كان الغبن الكثير الذي فيه وان العدل في المعاملات انما هو مقارنة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى في الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشئ الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلاً الذي يساوى هذا القدر عددها هو عشرة

أثواب فاذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العادلة أعني أن يكون عدل بل فرس عشرة أثواب في المثل . وأما الأشياء المكيلة والموزونة فلها كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل في هذه انما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن اذ كانت لا تتفاوت في المنافع وأيضاً فان منع التفاضل في هذه الأشياء بوجوب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه في المنافع المختلفة فاذا منع التفاضل في هذه الأشياء أعني المكيلة والموزونة علتان . إحداهما وجود العدل فيها . والثاني منع المعاملة اذ كانت المعاملة لهما من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً في أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيها هوقوت أهم منه فيما ليس هوقوتاً وقدر روى عن بعض الثمانيين أنه اعتبر في الربا الاجناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً أعني المالية وهو مذهب ابن الماجشون .

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلاً كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة في هذه لانه عنده من باب السلف الذي يحرم منفعة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما يجوز فيه الامران جميعاً أعني التفاضل والنساء فمالك يكن ربوياً عند الشافعي . وأما عند مالك فمالك يكن ربوياً ولا كان صنفاً واحداً متماثلاً او صنفاً واحداً باطلاق على مذهب أبي حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير

الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً أو أبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثراً الا في الربويات فقط اعني انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلاً فمذاهو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث فأما الاشياء التي لا يجوز فيها النسبة فانهما قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فأما الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسبة فمها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسبة . وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانهما صنفان اما واما غير مطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها علة المنع الطعم . واما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عند ، فيما اتفقت منافعها مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا أن تكون احدهما حلوبة والاخرى أكلة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسبة عنده جائزان وان كان الصنف واحداً وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والا شهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسبة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجز شاة بشاتين نسبة ونقد أو كذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنيفة فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الافراد في النسبة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك انه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يحرمهما وهو محرم وقد قيل عنه انه اصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسبة اختلف الجنس واتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث

سمرة مع التأويل له لان ظاهره يقتضى أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفاق الجنس أو
 اختلف وكان مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث
 عمرو بن العاص على اختلافها وسمع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذى
 ويشهد لما لك مارواه الترمذى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحيوان اثنان
 بواحد لا يصلح لنساء ولا بأس به يدأيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 اشترى عبدأبعدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع
 الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلاً بنفسه لا من قبل سد ذريعة واختلفوا فيما لا يجوز بيعه
 نساء هل من شرطه التقابض فى المجلس قبل الافتراق فى سائر الربويات بعد اتفاقهم فى اشتراط
 ذلك فى المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تبعوا منها غائباً بنا جز من شرط فيها التقابض
 فى المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطاً فى
 البيوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فتمت بقاء سائر الربويات
 على الاصل .

(الفصل الرابع)

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفاً واحداً
 فى مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد
 المؤثر فى التفاضل هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما
 اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى
 أنهما صنف واحد وصار آخرون الى أنهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاة
 مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب والثانى قال الشافعى وأبو حنيفة وعمدتهما السماع
 والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم: لا تبعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلاً
 بمثل فجعلهما صنفين وأيضاً فان فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت ويوموا الذهب
 بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدأيد ذكره عبد الرزاق
 ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى وأما القياس فلأنهما شيئان اختلفت اسمائهما
 ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فى الاسم
 والمنفعة وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعقدوا فى ذلك أيضاً السماع

والقياس أما السماع فإروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال الطعام مثل ما يمتثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فإن هذا عام تفسره الأحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فإنهم عددوا كثيراً من اتفاقهما في المنافع والمنفعة المتأخر لا يجوز التفاضل فيها باتفاق والملت عند مالك والشعير صنف واحد وأما القطنية فإنها عنده صنف واحد في الزكاة وعنه في البيوع روايتان أحدهما أنها صنف واحد والآخرى أنها أصناف * وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها من غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والارز والدخن والجوارس عند صنف واحد

﴿مسئلة﴾ واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل فتأمل مالك اللحوم ثلاثة أصناف فله من ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضاً وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز إلا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والآخر أن جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يحيز لحم الغنم بالقرم متفاضلاً ومالك لا يحيزه والشافعي لا يحيز بيع لحم الطير بل لحم الغنم متفاضلاً ومالك يحيزه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام: الطعام بالطعام مثلاً يمتثل ولائها إذا فارقها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولاً واحداً وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول أن الاختلاف الذي بين الأنواع التي في الحيوان أعني في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعى أن وزان الاختلاف الذي بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والحنفية أقوى من جهة المعنى لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المنفعة .

﴿مسئلة﴾ واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال ، قول أنه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعي والليث ، وقول أنه يجوز في الأجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المتفقة أعني الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الأكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل وذلك عنده في الحيوان الماء كقول حتى أنه لا يحيز الحي بالحي إذا كان المقصود الأكل من أحدهما ففي (٨ — بداية ني)

عنده من هذا الباب أعني ان امتناع ذلك عنده من جهة الربا المزبنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب لم رسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللم فمن لم تنقذ عنده معارضة هذا الحديث لاصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين، إما ان يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه، أو يردد لما كان معارضة الاصول له قال الشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى أصوله في البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوي بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسبب يأتي الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالمزبنة وهي داخلية في الربا بجهة وفي الفرر بجهة وذلك انها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والفرر وفي غير الربويات من جهة الفرر فقط الذي سببه الجمل بالخارج عن الاصل .

﴿مسئلة﴾ ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالأشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطنه وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافا من قوله وانما راية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقا اختلف كيانه ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل ان أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غير الصنعة تغير أجهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالأشهر في الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما المعجبين بالمعجبين فجاء عند مع المماثلة * وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل يمكن المماثلة فيه أولا . يمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لا تنقله واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يحجز اعتبار المماثلة في الخبز واللم بالتقدير والحز رفضلا عن الوزن . وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والاخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها

ان الصنعة تنقله من الجنس أعني من ان يكونا جنساً واحداً فيجزئها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الا تفصال فالتم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجي في المنتقى وكذلك أيضاً يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء من الاجناس التي يقع بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك أعني في الحيوان والعروض والنبات * وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادي النظر في الحال جاب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام ان يجري تلك الأجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تبين ذلك من كتبهم فمذهبه هي أمهات هذا الباب .

﴿فصل﴾ وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم: يستل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أئنتم الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهي عن ذلك فأخذ به أكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المأكّل فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات ردها هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلاً بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات والحديث أيضاً يختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج الشيخان قال الطحاوي خولف فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذي يروي عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطنه قياساً به على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل رطب يابس من نوعه حرام يعني منع المماثلة كالعجين بالدقيق والتم اليابس بالرطب وهو أحد قسمي المزبنة عند مالك المنهى عنها عنده والعريّة عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعي والمزبنة عند أبي حنيفة المنهى

عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر في رؤوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما أعني بوجود التساوي وطرد الشافعي هذه العلة في الشئئين الرطبين فلم يحز بيع الرطب بالرطب ولا المعجين بالمعجين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث . وأما اختلافهم في بيع الجيد بالردى في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين ، أحدهما أجود من ذلك الصنف ، والاخر أردأ مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر ، أحدهما أعلى من الوسط ، والاخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مدين من الطيب فجعل معه الردى ذرة لانه لا يحجب من ذلك وواقفه الشافعي في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردى عن الوسط والا فليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أودناير أو دراهم اذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر ، فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثاني مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز * فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساويا له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لما كان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوي الكيل والواقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضا في هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذرة لانه الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

﴿ باب في بيع الذرائع الربوية ﴾

وهناشي تعرض للمتبايعين اذا قال أحدهما الاخر زيادة أو نقصان وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشئ الذي باعه زيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير

قصده الى ذلك تباع ربوي مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير فقد اتم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذي يعرف ببیوع الاجال فنذكر من ذلك مسألة في الاقالة ومسئلة من بیوع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفریع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول .

﴿مسئلة﴾ لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلاً الى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعته ويدفع اليه عشرة دنانير مثلاً نقداً أو الى أجل ان ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف ولا حرج في أن يبيع الانسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لانه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل انى زادها نقداً أو الى أجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو الى أجل . واما ان ندم المشتري في هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً أو الى أجل أبعد من الاجل الذي وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافعي يجوز ووجه ما كرهه من ذلك مالك ان ذلك ذر بعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه وأيضاً يدخله بيع وسلف كان المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الاجل الذي يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعي فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشتري منه غلاماً بالتسعين ديناراً التي عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على النهم لا يجوز . وأما ان كان البيع الاول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع بذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذي يداين الناس لانه عنده ذر بعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهر من البيع من غير ان تكون له حقيقة . وأما البيوع التي يعرفونها ببیوع الاجال فهي ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقداً وهناتسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسلتين واتفق في الباقي وذلك انه من باع شيئاً الى أجل ثم اشتراه . فاما ان يشتريه الى ذلك الاجل بعينه أو قبله أو بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة . إما أن

يشترى به مثل الثمن الذي باعه به منه . وإما بأقل . وإما بأكثر مختلف من ذلك في اثنين وهو ان يشتريها قبل الاجل نقداً بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجهور أهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعي وداود وأبو ثور يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير في أكثر منها الى أجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلها الى الحرام مثل ان يقول قائل لا آخر أسلفني عشرة دنانير الى شهر واردا لك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن ابيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشترى به منك بعشرة نقداً . وأما في الوجوه الباقية فليس يتم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل ومن المحجة لمن رأى هذا الرأي حديث أبي العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يأثم المؤمنين انى بعث من زيد عبداً الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشترى به منه قبل محل الاجل بستائة فقالت عائشة بثمنها شريت وبثمنها اشتريت أبلغني زيداً انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت أرأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضاً فان زيد أقدر خالفها واذا اختلفت الصحابة فذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الاول فان الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبايعه بالنظر ان يشتريه نقداً بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان والصورتان التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي ان يتذرع منها الى أنظرني أزدك أو الى بيع مال لا يجوز متفاضلاً أو بيع مال لا يجوز نساءً أو الى بيع وسلف أو الى ذهب وعرض يذهب أو الى ضع وتعجل أو بيع الطعام قبل ان يستوفي أو بيع وصرف فان هذه هي أصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيما بين باع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة وأجازوه الشافعي والثوري والأوزاعي وجماعة وحجة من كرهه انه شبهه ببيع الطعام بالطعام نساءً ومن أجازوه لم يرد ذلك فيه اعتباراً بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيما بين اشترى طعاماً بثمن الى أجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشتري طعاماً بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذي وجب له فأجاز ذلك الشافعي وقال لا فرق بين ان يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من

المشتري نفسه ومنع من ذلك مالك ورأه من الذر بعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه رد اليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذر بعة في ذلك ان يشتري رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذي عليه الطعام ليس عندي طعام ولكن اشتري منك الطعام الذي وجب لك على فقال هذا لا يصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفي فتقول له فبيع طعاما مني وارده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه أعني ان يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو عن الطعام الذي هو في ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى ما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطوا ذكره بالسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهرا أنه لا يجوز ولو قال له أسلفني دراهم وأمهني بها حولا أو شهرا جاز فليس بينهما الاختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة انظرني أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذا فعل ذلك يدفع دنانير و يأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بزمته فينبغي ان نذكرها هنا هذين الاصلين أما وضع وتعجل وأجازة ابن عباس من الصحابة وزفر من قتهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من قتهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فجاز مالك وجمهور من ينكر وضع وتعجل ان يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضاً يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز وضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتعة على تحريمها ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعاً وذلك انه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنالك حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من أجازته ما روى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر باخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا نبي الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا ما يحكى عن عثمان البتي وانما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة في ثلاثة مواضع ، أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات ،

والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط ، والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلاً وجزاً فافقيه ثلاثة فصول .

﴿ الفصل الاول ﴾

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته . وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان ، إحداهما المنع وهي الأشهر وبها قال أحمد وأبو ثور إلا أنهم اشترطوا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الأخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالتبض عنده شرط في كل مبيع ما عدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول وهي الدور والعقار . وأما الشافعي فإن القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحاق كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سامة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المحدود فيتحصل في اشتراط القبض سبعة أقرال ، الأول الطعام الربوي فقط ، والثاني في الطعام باطلاق ، الثالث في الطعام المكيل والموزون ، الرابع في كل شيء ينقل ، الخامس في كل شيء ، السادس في المكيل والموزون ، السابع في المكيل والموزون والمحدود * أما عمدة مالك في منعه ما عدا المنصوص عليه فدلّل الخطاب في الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع ما ليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني اشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم فقال يا ابن أخي إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط وذلك في الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من الحديث ومن طريق المعنى أن يبيع مالم يقبض يتطرق منه إلى الربا وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينتقل لأن ما ينقل القبض عنده فيه هي التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن فلا تفاقم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فإن العقود تنقسم أولاً إلى قسمين، قسم يكون بمعاوضة، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام، أحدها يختص بقصد المغالبة والمكايسة وهي البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره، والقسم الثاني لا يختص بقصد المغالبة وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض، والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعاً أعني على قصد المغالبة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام . أما ما كان بيعاً وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء . وأما ما كان خالصاً للرفق أعني القرض فلا خلاف أيضاً أن القبض ليس شرطاً في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التي تتردد بين قصد الرفق والمغالبة وهي التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعبده وقال أبو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاضات أنها في معنى البيع المنهى عنه وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة لا أثر والمعنى . أما الأثر فإثر فإثر من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة . وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الرفق لا المغالبة إذا لم ندخلها بزيادة ولا نقصان وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لأن العوض في ذلك ليس بيناً إذ لم يكن عيناً .

(الفصل الثالث)

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافاً فإن ما لا يركب فيه وأجازه وبه قال الأوزاعي ولم يحجز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجتهم ما عموماً الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه لأن الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن الحجج لهما ما روي عن ابن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافاً فبعث الياناس

يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال ابن عمرو ان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رونه جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه وهو المسمى عينه عند من يرى قله من باب الذريعة الى الربا أو ما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيع العرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفا فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يبيعها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمدهو فيشتري تلك السلعة فيتبعها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريناً ما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرصاً فيرد عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرناها غير جائزة في المذهب أعني اذا تقرر على الثمن الذي يأخذه السلعة قبل شرائها . وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمر أقرب اصلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذه منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومما أجازاه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما خشي عليه الفساد من القواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذا هي أصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعاً وعن علم .

(الباب الثالث)

وهي البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذي سببه العرر والعرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه إمام من جهة الجهل بتعيين العقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل

بوصف الثمن والمتمون المبيع أو بقدره أو باجمله ان كان هنالك أجل وإمام من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم وإمام من جهة الجهل بسلامته أعنى بقاءه وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الفرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه وإنما يختلف في شرح أسماؤها والمسكوت عنه يختلف فيه ونحن نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون في نفس الفقه أعنى في رد الفروع الى الاصول . فالما المنطوق به في الشرع . فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحبلية . ومنه نهيه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى ترهى وعن بيع الملامسة والمنا بذة وعن بيع الحصاة . ومنه نهيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلبس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه وهذا يجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنا بذة فكان أن يبتذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمى بها فلولي وقيل أيضاً أنهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع جبل الحبلية ففيه تأويلان . أحدهما انها كانت بيوعاً يؤجلونها الى أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم ينتج ما في بطنها والفرر من جهة الاجل في هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هي ما في بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها وهي محرمة من تلك الالوجه التي ذكرناها وأما بيع الثمار فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن ترهى أو بعد أن ترهى وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع أما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهي

عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهى بيع الشجر أعواماً إلا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه . وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره إلا ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز إلا بعد الصرام فإذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن ترهى أو قبل أن ترهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه إلا ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في انه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً فاختلف في ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لا يجوز مالك والشافعي وأحمد واسحاق والليث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك إلا انه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يزه بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سيأتى بعداً ما دلل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري فعلم ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن ترهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرايت ان منع الله الثمرة فم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى في هذا على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الزهاء بل رأيت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الزهاء فأجازوا بيعها قبل الزهاء بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقاً في هذا الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فنحمل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناول به عمومهم قال لا يجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحججتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن ترهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن ترهى على

الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدوا صلاحها فإذا جدد الناس وحضر تفاضيهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه من أصابه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى يبدوا صلاحها وروى بما قالوا ان المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدوا صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة في ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التيقن فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهوا فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التيقن بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : أرأيت أن منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجواز إنما ينظر إلى الاكثر على الثمار قبل بدو صلاحها وأما بعد بدو صلاحها فلا تظهر الا قليلا ولو لم يجب في المبيع بشرط التيقن لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التيقن والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشئ يقتضى تسليمه والا حقه الغرر ولذلك لم يجوز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن يبيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن يبيس كله دفعة قال كوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين . أحدهما في جواز بيعها قبل أن ترهى ، والثانى في منع تيقنها بالشرط بعد الازهاء أو بمطلق العقد وخلافهم في الموضع الاول أقوى من خلافهم في الموضع الثانى أعنى في شرط القطع وان ازهى وانما كان خلافاً في الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك ايضاً مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير وأما بدو صلاحها الذى جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر في الثمرة صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن انس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى ترهى فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لا تلتى عشرة ليلة خلت من ايار وهو ما يوهو قول

ابن عمر ايضاً سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن ابى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحاً رفعت العاهات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ما حوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا الا ان المشهور عنه انه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال، قول انه الازهاء وهو المشهور، وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء، وقول الامران جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك اذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث . وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر دو وجود الازهاء في بعضه لا في كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكراً في بعضه تبكيراً يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعاً لان الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو اذ ابد الطيب في الثمرة ابتداءً متأسباً غير منقطع وعند مالك انه اذ ابد الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعي لا يجوز الا يبيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحداً للنوع الواحد والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهي مشتركة لم يخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة في سنبليها دون السنبل لانه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الثمر وقياساً على بيعه مخلوطاً بتبنيه بعد الدرس وحجة الجمهور شيان الاثر والقياس أما الاثر فاروى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى ترهى وعن السنبل حتى تبيض وتؤمن العاهة نهى البائع والمشتري وهي زيادة على ما رواه

مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعي انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل اذا أفرق ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود فقبل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه . وأما بيعه في تبته بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجاز عند مالك ولا اعراف فيه قولاً لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمل له حبالاً للمشتري وقال غيرهم هو على المشتري . ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبي هريرة قال أبو عمر وكلهما من ثقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموماً واختلفوا في التفصيل أعني في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عليها واتفقوا أيضاً على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة ، أحدها ما في مثنوين بثمانين أو مثنون واحد بثمانين أو مثنوين بثمان واحد على أن أحداً البيعين قد لزم . أما في مثنوين بثمانين فان ذلك يتصور على وجهين . أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثمان كذا على أن تبيعني هذه الدار بثمان كذا ، والثاني أن يقول له أبيعك هذه الغلام بدينار أو هذه الأخرى بدينارين . وأما بيع مثنون واحد بثمانين فان ذلك يتصور أيضاً على وجهين ، أحدهما أن يكون أحداً الثمنين نقداً والآخر نسيئة مثل أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بعشرة أو إلى أجل بعشرين ، والوجه الثاني أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بثمان كذا على أن اشتريه منك إلى أجل كذا بثمان كذا . وأما مثنونان بثمان واحد فمثل أن يقول له أبيعك أحد هذين بثمان كذا فأما الوجه الأول وهو أن يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعني هذا الغلام بكذا فنص الشافعي على أنه لا يجوز لأن الثمن في كليهما يكون مجهولاً لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن أو المثنون . وأما الوجه الثاني وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحداً أو مختلفاً وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك فآجازه اذا كان النقد واحداً أو مختلفاً وعله منعه عند الجميع الجهل وعدم مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن أن يختار في نفسه أحداً الثوبين فيكون قد باع ثوباً وديناراً بثوب

ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك . واما الوجه الثالث وهو أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجباً فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازماً في أحدهما فاجازده مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لأنه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم بوجوب تحويل أحد الثمنين في الآخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهم وعندهما من يبيع الثمن التي نهى عنها وعلّة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربح لا مكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولاً اتقاه العقد بأحد الثمنين المؤجل أو الممجل ثم بدله ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بئس نسيئة أو نسيئة ومتفاضلاً وهذا كله اذا كان الثمن نقداً وان كان الثمن غير نقد بل طعاماً دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلاً وأما اذا قال أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبذره مني إلى أجل فهو عندهم لا يجوز باجماع لأنه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله أيضاً جهل الثمن واما اذا قال له أبيعك أحد هذين الثوبين دينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار وافتراق قبل الخيار فإن كان الثوبان من صنفين وهما ما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز وقال عبد العزيز بن أبي سلمة أنه يجوز وعلّة المنع الجهل والغرر . واما أن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي . وأما مالك فإنه أجاز له لأنه يجوز الخيار بعد عقد المبيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك واما من لا يجزئه فيعتبره بالغرر الذي لا يجوز لأنهما افترقا على بيع غير معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وأن القليل لا يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر فيعظمهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لتردها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فتبض الثوب من المشتري على أن يختار فهلك أحدهما أو أصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقليل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشتري الا أن تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يغلب عليه وبين ما لا يغلب عليه كالعبد يضمن فيما يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقي قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر في أحكام البيوع وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة في هذا المعنى هي أما عند فقهاء المصارف باب الغرر . وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده

من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الفرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وإن كان سببه الفرر فلا شبهة أن نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

﴿ فصل ﴾

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

﴿ مسألة ﴾ المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا لا خلاف في بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قولى الشافعى وهو المنصور عند أصحابه أعنى ان بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء انعقد البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا * وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشئ فيكون من الفرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الفرر اليسير المعفو عنه فالشافعى رآه من الفرر الكثير ومالك رآه من الفرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لا غرر هناك وان لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أولا كان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يحجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايها حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرساً

بارض له أخرى بار بعين ألفاً وأربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقاً ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرراً آخر وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأموناً كالعقار ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

﴿مسألة﴾ وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل وإن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بائراً عقد الصفة إلا أن مالكاوربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرقيقة على شرط المواضعة ولم يحجزوا فيها النقد كما لم يحجزه مالك في بيع الغائب وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعني ما يتعلق بالقر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمراً قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يحجز ذلك ويقول إنما الدين بالدين ما لم يشرع في قبض شيء منه أعني أنه كان يرى أن قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

﴿مسألة﴾ أجمع فقهاء المصارع على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جملة معاً واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أولاً لا تتصل فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلها خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم انصلت فلا تخلو أن تتميز البطون أولاً تتميز فتال المتميز جز الفصل الذي يحزمسدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطخ والمقانيء والباذنجان والقرع ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان، أحدهما الجواز، والآخرى المنع وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعي في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب لأن الفرر في الصفة شبهه بالفرر في عين الشيء وكانه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة والأصل عنده أن من الفرر ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على إحدى

الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان مقيزاً. وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً بما لا يتميز وهو ضعيف. وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك يبيعه اذ ابد اصلحه وهو استحقاقه للاكل ولم يحجزه الشافعي الا مقلوعاً لانه من باب بيع المغيب. ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقل في قشره أجازته مالك ومنعه الشافعي * والسبب في اختلافهم هل هو من الفرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الفرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو اليه الضرورة أو ما جمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي أصوله ومن ذلك بيع الآبق أجازته قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الآباق ويتواضعان الثمن أعني أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العتدين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس وعن قال بجواز بيع الآبق والبعير السارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن شراء ما في ضرعها وعن شراء الغنم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً معدودة اذا كان ما يحلب منها معروف في العادة ولم يحجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازته مالك الا أن يكون ميئوساً منه ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصوآغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يحجز بيع تراب الصباغة ومنع الشافعي البيوع في الامرين جميعاً وأجازته قوم في الامرين جميعاً وبه قال الحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو المنسوح الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري واتفقوا على ان العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع

والمشترى من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والمسووحة وأن العلم بمقادير هذه الاشياء التي تكون من قبل الخزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجراف يجوز في أشياء ويمنع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما لم يقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزاؤها هي المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجراف ويكون مكيلا وهي المسوحات كالأرضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والنوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزاؤها هي كإقلنا التي المقصود منها آحاد أعيانها وعندما لك ان التبر والنمضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزاها ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عندما لك ان تباع الصبرة المجهولة على الكيل أي كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الأكيل وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم ببلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا في كيل واحد وهو الذي سمي به ويجوز هذا البيع عندما لك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل ببلغ الثمن ويجوز عندما لك أن يصدق المشتري البائع في كيلها اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتبها المشتري لتهيء صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وأجازه قوم على الاطلاق ومن منعه أبو حنيفة والشافعي واحد ومن اجازه باطلاق عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ولا يجوز عندما لك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزاها فمن يجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة والمزانية المنهى عنها هي عندما لك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما في الرويات فلموضع التفاضل وأما في غير الرويات فلم يتم تحقق القدر.

* (الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا) *

وهذه البيوع الفساد الذي يكون فيها هو راجع الى الفساد الذي يكون من قبل الفرر ولكن لما تضمنها النص وجب ان نجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والا صل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح ، والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس في كتاب الله فهو

باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته ، والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضاً في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز ومن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهي عن بيع وشرط وعموم نهي عن الثنيا ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يحز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمر وبن العاص خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك . وأما مالك فالشرط عنده تنقسم ثلاثة أقسام ، شرط تبطل هي والبيع معاً ، وشرط تجوز هي والبيع معاً ، وشرط تبطل ويثبت البيع وقد يظن أن عنده قسمان إباحا وهو أن من الشرط ما أن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز البيع وأعطاه فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشرط من صنف الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقصاً في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلاً أجاز وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب إذ مذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدي والمازري والباجي وتفصيله في ذلك أن قال أن الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين ، أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري فمثل هذا قالوا يصبح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة ، والقسم الثاني أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم إلى ثلاثة أقسام . إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه . وإما أن يشترط على المشتري متعاً من تصرف عام أو خاص .

و إما ان يشترط إيقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين ، أحدهما ان يكون معنى من معاني البر ، والثاني ان يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكنها لمدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر . وأما ان يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لانه من الثنيامثل ان يبيع الامة على ان لا يطاها أولاً يبيعها . وأما ان يشترط معنى من معاني البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الضرر فيه . بقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان في بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها انه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الضرر باليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما ان اشترط معنى في المبيع ليس ببرمثل أن لا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون متردداً بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفاً وان لم يجيء كان بيعاً واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فن رأى ان الاقالة بيع فسسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضاً فمن باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فليل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين ان يكون الرهن هو المبيع أو غيردوقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء وأجازوه مالك وأصحابه الا محمد ابن عبد الحكم وقدروى عن مالك من قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولاً لاقتران السلف به وقدروى ان محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال أنا أدع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فأجاب اسماعيل عن هذا الجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال

له الفرق بينهما ان مشروط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسألة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيراً ولم يكن هناك مخيراً في ان يترك الزق ويصح البيع ولا شبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعني اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهناك انما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به لانه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضاً ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكى أو معقول فان قلنا حكى لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فما لك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكى ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلاً وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر واختلفوا في حكمه اذا وقع على ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع امر بان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم أجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشتري الرجل شيئاً فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالب به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعني هل تدخل تحت النهي عن الثنيا أم ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملاً ويستثنى ما في بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور وداد ذلك جائز وهو مروي عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه أم ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك وتحصيل مذهب مالك فممن باع حيواناً واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان يكون شائعاً أو معيناً أو مقدرآ فان كان شائعاً فلا خلاف في جوازه مثل ان يبيع عبد الأزاربعه،

وأما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أولا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز ان يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله لان حقه غير مقبوض ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ففي المذهب فيه قولان ، أحدهما انه لا يجوز وهو المشهور ، والثاني يجوز وهو قول ابن حبيب يجوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثنائه بجده فماتحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لا يدري بأي صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضواً معيناً معلوماً فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره . وأما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح . إما عرفاً . وإما ملفوظاً به جزاً مقدراً مثل أرتال من جز ورفعن مالك في ذلك روايتان ، إحداهما المنع وهي رواية ابن وهب ، والثانية الاجازة في الارطال اليسيرة فقط وهي رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثم حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياساً على جواز شرائها وانفقوا على انه لا يجوز ان يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الالبتعيين المشتري لها بعد البيع لانه يبيع ما لم يره المتبايعان واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك إجازته ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجازته في استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشتري فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر بن عبد البر فنع ذلك فقهاء الامصار الذين ندور افتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهمم لهنه صلى الله عليه وسلم عن الثنيافي البيع لانه استثناء مكيل من جزاف . وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهي عن الثنيافي ما فوق الثلث وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافاً ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضاً مختلف فيه أعني اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في بيع واجارة معاً في عقد واحد فأجازه مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي لان الثمن

برون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن النمن مجهولا
وربما أراد الذين منعه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا
واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة مرة اجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف
العلماء فيها لا خلافا بالاقول والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت
عنده علة المنع في مسألة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان
هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في امثال هذه
المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل
الى التخيير .

﴿ الباب الخامس ﴾

﴿ في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن ﴾

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه
وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن تلقى الركبان ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه
عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلفا ليس بمقتضاها فقال مالك
معنى قوله عليه الصلاة والسلام: لا يبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد
على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما ما الا شيء
يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة
هذا الحديث وقال الثوري معنى لا يبيع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على
المتبايعين فيقول عندي خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى
ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفرقا فاني احدي عرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا منه بناء على
مذهبه في أن البيع انما يلزم بالا فتراق فهو ومالك متفقان على أن النهي انما يتناول حالة قرب
لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ما هي لا خلافا فيها به يكون لزوم في البيع على ما سند كره
بعد وقفهء الا مصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود
وأصحابه ان وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكا بالعصوم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه
فسخه ما لم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح
وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور

لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره وقال الا وزاعى لا بأس بالسوم على سوم الذمي لانه ليس بأخي المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا يسم أحد على سوم أخيه ومن ههنا منع قوم ببيع المزادة وان كان الجمهور على جوازه * وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة او على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

﴿ فصل ﴾

وأمانيه عن تلقى الركب ان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهي ما هو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الاسواق ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريباً فان كان بعيداً فلا بأس به وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشتري أهل الاسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها واما الشافعي فقال ان المقصود بالنهي انما هو لاجل البائع لئلا يفبته المتلقى لان البائع مجهل سعر البند وكان يقول اذا وقع قرب السلعة بالخيار ان شاء أنفذ البيع أورده ومذهب الشافعي هو نص في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام : لا تتلقوا الجلب فن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره .

﴿ فصل ﴾

وأمانيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً واختلف عنه في شراء الحضري للبدوي فمرة أجازوه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه وأهل الحضر عندهم الامصار وقد قيل عنه انه لا يجوز ان يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعي والا وزاعى وقال أبو حنيفة واحجابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضري البادي بالسعر واجازه الا وزاعى والذين منعهوا تفقوا على أن القصد بهذا النهي هو ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهي عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجانا عندهم أي بغير ثمن فكانهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضري للبدوي وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام : الدين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبيع حاضر لبادذر والناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والاشبه أن يكون من باب غبن البدوي لأنه يردو السعر مجهول عنده إلا أن ثبتت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تلقى الركب أن على ما تأوله الشافعي وجاء في الحديث الثابت واختلفوا إذا وقع فقال الشافعي إذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام: دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ.

﴿ فصل ﴾

وامانهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وإن النجش هو أن يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراؤها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري واختلفوا إذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشتري بالخيار إن شاء أن يرد رد وإن شاء أن يمسك أمسك وقال أبو حنيفة والشافعي إن وقع أتم وجاز البيع * وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي وإن كان النهي ليس في نفس الشيء بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يحزه ومن قال ليس يتضمن إجازة والجمهور على أن النهي إذا ورد لمعنى في المنهي عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والغرر وإذا ورد إلا من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء لئلا يمنع به الكلاء * وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء لئلا يمنع به الكلاء * وقال لا يمنع رهو بئر ولا بيع ماء واختلف العلماء في تأويل هذا النهي فحمله جماعة من العلماء على عمومته فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين في أرض مملوكة أو غير مملوكة غير أنه إن كان مملوكة كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربيع لا أرى أن يمنع الماء والنار والخطب والكلاء * وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد إلا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الإجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيرى زرع أحدهما في بعض يومه ولا يروى في اليوم الذي لشريكه زرع فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بؤره ولجأه فضل ماء انه ليس لجأه ان يمنع فضل مائه الى أن يصلح بؤره والتأويل ان قرىبان ووجه التأويلين انهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيّد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقاً ثم نهى عن منع فضل الماء فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيّد وقالوا الفضل هو الممنوع في الحديثين . واما مالك فأصل مذهبه ان المائتي كان في أرض مملوكة منبوعة فهو لصاحب الأرض له يبعه ومنعه الا ان يرد عليه قوم لا يمنهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الأرضين الغير مملوكة فرأى ان صاحبها اعني الذي حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكأنه رأى ان البئر لا تنملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الام وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وابو حنيفة لا يفسخ وانما البائع والمشتري * وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المني اذا كان لعلة من خارج . واما الوقت الذي ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حدد ذلك الانظار وقال الشافعي حدد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الا وزاعى حده فوق عشرة سنين وذلك انه اذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصد ليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذين حبان من الخيار ثلاثاً لئلا يذكر له انه يغبن في البيوع ورأى قوم من السلف الاول ان حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة .

﴿ الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادات ﴾

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي الى الجمعة فقط لقوله تعالى « إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » وهذا أمر بجمع عليه فيما أحسب أعني منع البيع عند الاذان الذي يكون بعد الزوال والا امام على المنبر واختلفوا في حكمة اذا وقع هل يفسخ أولاً ولا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى

بالببيع أم لا يلحق فالمشهور عن مالك أنه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة * وسبب الخلاف كما قلنا غير مأمرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أولا يقتضيه . وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه . وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود فيحقل أن تلحق بالبيع لأن فيه المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة ويحقل أن لا يلحق به لأنها تقع في هذا الوقت نادرًا بخلاف البيع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتب الوقت فاذا فات فعلى جهة الحظر وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ولذلك مدح الله تاركه البيوع لما كان الصلاة فقال تعالى « رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة » وإذا ثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع .

(القسم الثاني)

والأسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الأسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس ، النظر الأول في العقد ، والثاني في المعقود عليه ، والثالث في العاقدين . ففي هذا القسم ثلاثة أبواب .

* (الباب الأول في العقد) *

والعقد لا يصح إلا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع قد بعث منك ويقول المشتري قد اشتريت منك وإذا قال له بمعنى سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعثتها فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزمت المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بعدر وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك إذا قال المشتري للبائع بكم ببيع سلعتك فيقول المشتري بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعثتها منك وعند الشافعي أنه يقع البيع بالفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر مالك في ذلك قولاً ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس أعني أنه متى قال البائع قد بعثت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهم ما وطأه من أهل

المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعي واحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم البيع لازم بالا فتراق من المجلس وانهم ما هم لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي - شرح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروي عن ابن عمر وأبي برة الاسلامي من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشتريين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده مارواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال أبا يعين تبايعا فقول قول البائع أو يتراد ان فكاكه حمل هذا على عمومته وذلك يقتضي ان يكون في المجلس و بعد المجلس ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع بعدم ينعقد ولا يلزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى ان يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرج له أحد مسنداً فبما أحسب فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث . وأما اصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فن أظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والعمد هو الايجاب والقبول والا مر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع في البيع بعد ما انعم ما لم يفترقا . واما القياس فانهم قالوا اعندنا وضعية فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي يحتجون بها بخصيصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روي عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتأويل الظاهر بالقياس

متفق عليه عند الأصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان ، أحدهما ان المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقبل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انها بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، واما التأويل الآخر فقالوا ان التفرق ههنا عما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى « وإن بتفرقا يفتن الله كلا من سعته » والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع الندم فهذه هي أصول الركن الاول الذي هو العقد .

(وأما الركن الثاني)

الذي هو المعتقد عليه فانه يشترط فيه سلامته من العرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلا معنى لتكراره والعرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر متمدور أعلى تسلمه وذلك في الطرفين الثمن والتمنون معلوم الاجل ايضاً ان كان بيعاً مؤجلاً .

(وأما الركن الثالث)

وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالغبن وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على احدهما اما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه او لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذوناً له في التجارة واختلقوا من هذا في بيع الفضولي هل ينقذ أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال امضى البيع وان لم يرض ففسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشتري صح الشراء والا لم يصح فتنعه الشافعي في الوجهين جميعاً وأجاز مالك في الوجهين جميعاً وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء وعمدة المالكية ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي ديناراً وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعثت احدي الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير وعلى الشافعي في الامرين جميعاً وعمدة الشافعي

النهي الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهي انما ورد في حكم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ماليس عنده * وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل اذا ورد النهي على سبب حمل على سببه أو يتم فهذه هي أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة في الجزء الاول ولكن النظر الصناعاتي الفقهي يقتضي ان يفرد بالتكلم فيه واذا قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة لليوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول في الاحكام العامة لليوع الصحيحة ﴾

وهذا القسم تنحصر اصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في أربع جمل ، الجملة الاولى في احكام وجود العيب في المبيعات ، والجملة الثانية في الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الى ملك المشتري ، والثالثة في معرفة الاشياء التي تتبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه ، والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الا ليق به كتاب الاقضية وكذلك ايضا من ابواب احكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي ايضا من الاحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب .

﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها بيان ، الباب الاول في احكام وجود العيوب في البيع المطلق ، والباب الثاني في احكامها في البيع بشرط البراءة .

﴿ الباب الأول في احكام العيوب في البيع المطلق ﴾

والاصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام في عقد يوجب الرد فلا يخلو ايضا أن يقوم بعيب يوجب حكماً أولاً يوجهه ثم ان قام بعيب يوجب حكماً فلا يخلو المبيع ايضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أولاً يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة ، الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها ، الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها ، الثالث في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير ، الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها ، الخامس في القضاء

في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان أليق بكتاب الاقضية .

(الفصل الأول من الباب الأول)

أما العقود التي يجب فيها بالغيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما ان العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف ايضاً في انه لا تأثير للغيب فيها كالمطبات لغير الثواب والصدقة . واما ما بين هذين الصنفين من العقود اعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فلا ظهر في المذهب انه لا حكم فيها بوجود الغيب وقد قيل يحكم به اذا كان الغيب مفسداً .

* (الفصل الثاني) *

وفي هذا الفصل نظران ، أحدهما في العيوب التي توجب الحكم ، والنظر الثاني في الشرط الموجب له .

(النظر الاول) . فأما العيوب التي توجب الحكم فمنها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ما هي عيوب بان تشتط اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وان لم يشتط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي فقدتها نقص في أصل الخلقة . وأما العيوب الاخر فهي التي اضدادها كالكالات وليس فقدتها نقصاً مثل الصنائع وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس وقد يوجد في أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ما هي في اجسام ذوات الانفس ومنها ما هي في غير ذوات الانفس والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والمعايير والاشخاص فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع كالخفاض في الاماء والختان في العبيد ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة والزواج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة

هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج يعيب فيما أحسب والحمل في الرائحة عيب عند مالك وفي كونه عيباً في الوحش خلاف في المذهب والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أيلما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذولين غزير وجتهم حديث المصرة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لا تصر والابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعاً من تمر قالوا فأنبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً قالوا وأيضاً فإنه مدلس فاشبهه التدليس بسائر العيوب وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست انتصرية عيباً بالاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلاً ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصرة يجب أن لا يوجب عملاً لفارقه الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوده فمنها انه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الأصل في المتلفات . إما القيم . وإما المثل واعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلاً ومنها بيع الطعام المجهول أي الجراف بالكيل المعلوم لان اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضاً فإنه يقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب ان يستثنى هذا من هذا الاصول كلها الموضع صحة الحديث وهذا كأنه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرده اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول انه لا خلاف عندهم في العمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في أي عضو كان أو كان في جملة البدن والشيب في المذهب عيب في الرائحة وقيل لا بأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوحش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فأصل المذهب ان كل ما أثر في القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول في انقراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث في الذكر والتذكير في الانثى عيب هذا كله في المذهب الا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثاني) . وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو ان يكون حادثاً قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عنده من يقول بها فيجب ههنا ان تذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول انهم دمالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهددة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري وعهددة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الاصل وعهددة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة ايام الخيار وايام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهددة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري الا من الادواء الثلاثة وهذه العهددة عند مالك في الرقيق وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما ألقصد منه المالك كسنة والمحاكرة وكان بيعا لا في الذمة هذا ما لا خلاف فيه في المذهب واختلف في غير ذلك وعهددة السنة نحسب عنده بعد عهددة الثلاث في الا شهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهددة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهددة الثلاث وعهددة السنة لا تتداخل مع عهددة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهددة مع ثانية فعهددة الاستبراء أولا ثم عهددة الثلاث ثم عهددة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهددة في كل البلاد من غير ان يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب ان يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهددة الثلاث وان اشترط ويلزم في عهددة السنة والعلة في ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كالمشهورات أحكام العهددة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهددة فلترجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . أما عمدة مالك رحمه الله في العهددة وحجته التي عول عليها فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهددة الرقيق ثلاثة ايام وروى أيضا لا عهددة بعد اربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن ممرة بن جندب القزاري رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن ممرة وان كان الترمذي قد صححه . وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم في العهددة أثر ورأوا انها ولو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الاصل المقرر راعيا يكون بسامع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عند ان يقضى بها في كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط وبخاصة

عهدة السنة فانه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمراً سألها وأذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لا توجبها وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثاً قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة فلننصر الى ما بقى .

* (الفصل الثالث) *

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشئ من العيوب عند المشتري فلا يخلو ان يكون في عقار أو عرض أو في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شئ له . وأما ان كان في عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيراً لم يجب الرد ووجبت قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيراً وجب الرد وهذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . وأما العروض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن زرق شيخ جدى رحمة الله عليهما وكان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعني ان يفرق في ذلك أيضاً في العروض والاصول ان كل ما حط انتقمة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

﴿فصل﴾ واذا قد قلنا ان المشتري مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شئ له فان اتفقا على ان يمسك المشتري سلعته ويحيطه بالبائع قيمة العيب فعمامة فقهاء الامصار يحجزون ذلك الا ابن جريج من أصحاب الشافعي فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال الناضى عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشتري فله ان يستوفيه أعني أن يرد ويرجع بالن وانه ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا لا خلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض ، أحدهما هل اذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيباً فهل يرجع بالجميع أو بالذى وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له إلا أن يرد الجميع أو يمسك وبه قال أبو ثور والاوزاعي إلا أن يكون قد سمي بالكل واحد من تلك الأنواع من القيمة فإن هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط وإنما الخلاف إذا لم يسم وقال قوم يرد المبيع بحصته من الثمن وذلك بالتقدير ومن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان معا وفرق مالك فقال ينظر في المبيع فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وإن لم يكن وجه الصفقة رده بجمته وفرق أبو حنيفة بنهما آخر وقال إن وجد العيب قبل القبض رد الجميع وإن وجد بعد القبض رد المبيع بحصته من الثمن ففي هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعض في الرد أن المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض المبيع ولا بد فلأنه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على أن ما فات في البيع فليس فيه إلا القيمة . وأما نفي مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسن منه لأنه رأى أن ذلك المبيع إذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراده المشتري أو البائع . وأما عندما يكون مقصودا أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المبيع خاصة . وأما نفي أبي حنيفة بين أن يقبض أولا لا يقبض فإن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فإنهم اختلفوا أيضا في رجلين يتباعان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر فقال الشافعي لمن أراد الرد أن يردوهما وابتاعه ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له أن يرد فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المقترتين لأنه قد اجتمع فيها عقدان ومن لم يوجب شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيه تبعض رد المبيع بالعيب .

﴿الفصل الرابع﴾

وأما أن تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير . فأما أن تغير بموت أو فساد أو عتق ففقهاء الامصار على أنه فوت ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب وقال عطاء بن أبي رباح لا يرجع في الموت

والعتق بشئ وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة . وأما تفسيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعي اذا باعه لم يرجع بشئ وكذلك قال الليث . وأما مالك فله في البيع تفصيل وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ولا يخلو أيضا أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلساً أى عالماً بالعيب لم يرجع الاول على الثاني بشئ وان لم يكن مدلساً رجع الاول على الثاني في الثمن والثاني على الاول أيضاً وينفسخ البيعان و يعود المبيع الى مالك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول أبي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة أنه اذا قات بالبيع فقد أخذ عوضاً فيه من غير أن يعتبر تأثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثاني تشبيهه بالبيع بالعتق ووجه قول أشهب وعثمان أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لان هبته أو صدقته تفويت للمالك بغير عوض ورضى منه بذلك طلباً للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فتقاس الهبة على العتق وقد كان القياس أن لا يرجع في شئ من ذلك اذا قات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على أنه اذا كان في يده فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على أنه ليس للعيب تأثير في اسقاط شئ من الثمن وانما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خر وجهه عن يده زماناً بعيداً كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للشواب عندما ملك كالبيع في انها فوت فهذه هي الاحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

* (باب في طر وء النقصان) *

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلو ان يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس .
فأما نقصان القيمة لا اختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب باجماع . وأما النقصان
الحادث في البدن فان كان بسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي
لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة
فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال ، أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط
وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الرد وبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثوري
ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده وهو قول الشافعي الاول ، والقول
الثالث قول مالك ان المشتري بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو
يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال
البائع للمشتري أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري
بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك فالتقول قول المشتري
والخيار له وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس
للمشتري الا ان يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شيء
عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يرد ويرد قيمة العيب أو يمسك فلا نه قد
أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب
حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده .
وأما من رأى انه لا يرد المبيع شيء وانما له قيمة العيب الذي كان عند البائع فقياساً على العتق
والوت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خاف فيه عطاء . وأما مالك فلما تمارض عنده
حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من أحد أمرين .
اما ان يكون مفرطاً في ان لم يستعلم العيب و يعلم به المشتري أو يكون علمه فدلس به على
المشتري وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشتري
قيمة العيب الذي حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي
لم يثبت انه دلس فيه . وأما حجة أبي محمد فلا نه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع
فان الرد بالعيب دال على أن البائع لم ينعقد في نفسه وانما انعقد في الظاهر وأيضاً فلا كتاب

ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصه الا ان يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن . وأما العيوب التي في النفس كالأباق والسرقة فقد قيل في المذهب انها تهيئ الرد كعيوب الأبدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشتري اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له في الرد الا ان لا تؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب في المشتري بطأ الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرأ أو ثيباً أو به قال أبو حنيفة وقال الشافعي برد قيمة الوطء في البكر ولا بردها في الثيب وقال قوم بل ردها وبردمهر مثلها وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى وقال سفيان الثوري ان كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكرأ رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لانه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر في اقيمة رد البائع ما نقص وان لم يكن له أثر لم يلزمه شيء فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات . وأما الزيادة الحادثة في المبيع أعني المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في الرد واسأل للمشتري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال رد للبائع وليس للمشتري الا الرد للزائد مع الاصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تنع الرد وتوجب أرش العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك قوتاً يقتضى أرش العيب الا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب . إما في الامساك والرجوع بقيمة العيب . وإما في الرد وكونه شريكاً مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل الحمن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشتري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغيير .

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما صفة الحكم في التضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشتري على حالة من هذه الاحوال المذكورة هما وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائم فلا

يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدونه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى في ادراك جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما شهد به أهل تلك الصناعة فليل في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً في التهمة وفي كونه أيضاً قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشتري بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم^(١) تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له عين على البائع . وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الشيء سليماً ويقوم معيباً ويرد المشتري ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان أبى المشتري الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

﴿ الباب الثاني في بيع البراءة ﴾

اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه سواء أولم يعلمه أو لم يبصره وبه قال أبو نؤير وقال الشافعي في أشهر قولييه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشتري وبه قال الثوري . وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل في الجوارى الراتعات فتنه لا يجوز عنده لعظم الضرر فيه ويجوز في الوحش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقدر روى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل في بيع السلطان وبيع الموارث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الضرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب العين والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالعلام داء لم تسمه فاخصما

الى عثمان فقال الرجل باعنى عبداً وبه داء لم يسمه لى وقال عبد الله بعته بالبراءة فقتضى عثمان على عبد الله ان يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد وروى أيضاً أن زيد بن ثابت كان يحجز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيو بهم في الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف اختلافاً كثيراً كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خنف فيه للسلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعنى اذا اشترطها الابع للسلطان والمواريث عند مالك أو بيع السلطان فقط فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جواز وفي شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولمن يجوز بالشرط أو مطلقاً وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات ٤ واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أى تكون خسارته ان هلك منه فتمت أبو حنيفة والشافعي لا يضمن المشتري الا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام ، بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل وعدد ، وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد . فاما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري الا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب ان ضمانه من المشتري وان لم يقبضه . وأما المبيع الغائب فمن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع ، والثانية انه من المبتاع الا أن يشترطه على البائع ، والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات وبين ما هو مأمون البقاء والخلاف في هذه المسئلة مبني على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والمقد لا يردون القبض فمن قال القبض من شروط صحة العقد أولزومه أو كونهما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عند من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفرق مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسنان ومعنى الاستحسنان في أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب اهل الظاهر الى أن

بالمقيد دخل في ضمان المشتري وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتهاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري وقد قال عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعته إلى مكة قال له انهم عن بيع ما لم يقبضوا ويرج ما لم يضمنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر ههنا الجوائح .

(القول في الجوائح)

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالتضامن بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وما روى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثاً جابراً هذان وقينس الشبه أيضاً وذلك أنهم قالوا أنه مبيع تبقى على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي تبقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا مبيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات وأما عمدة من لم يعمل بالتضامن بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وإن التخلية في هذا المبيع هو القبض وقد اعتوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال أجيح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة فبسبب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عند بائنا ويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الأمر بها انما ورد قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح امرؤ أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها في حديث أبي سعيد يمكن أن يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي

أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة أو ان يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير ولا خلاف بينهم في انقضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول ، الأول في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح ، الثاني في محل الجوائح من المبيعات ، الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه . ، الرابع في الوقت الذي يوضع فيه .

(الفصل الأول)

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم يره ما كان منه بموافقة^(١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة باى وجه كان فن جعلها في الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام رأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتخلف منه

﴿ الفصل الثاني ﴾

ومحل الجوائح هي التمار والبقول فاما التمار فلا خلاف فيها في المذهب . وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالاصل الذي هو الثمر .

* (الفصل الثالث) *

وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة اما في التمار فالثلث . واما في البقول فقليل في القليل والكثير وقيل في الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشهب يعتبر الثلث في القيمة فاذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثاً في

(١) غافسه أخذه على غرة

الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فإن كان نوعاً واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وإن كان الثمر أنواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطوناً مختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففي موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة في أجزاء الثمرة و بطونها وفي موضع يعتبر الأمرين جميعاً حيث تختلف القيمة والمالكية يحتاجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً فإن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر فكان المشتري يدخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق وأيضاً فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير قالوا وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله إياه ههنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات بعسرا ثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام: الثلث والثلث كثير .

(الفصل الرابع)

وأما زمان القضاء بالجائحة فانفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلى بقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه على النضارة وشيئاً شديداً فقليل فيه الجائحة تشبهاً بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تقر بها بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعني من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير إلا مر فيها واحداً قال ليس فيه جائحة ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

(الجملة الثالثة من جمل النظر في الأحكام) وهو في تباعث المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة أن ثلثي الأول يبيع النخل وفيها الثمرة متى يبيع الأصل ومتى لا يتبعه فجمهور

الفقهاء على أن من باع نخلا فيها تمر قبل أن يؤبر فإن التمر للمشتري وإذا كان البيع بعد الأبار فالتمر للبائع إلا أن يشترطه المبتاع والتمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخسلا قد أبرت فتمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالتمر للبائع بعد الأبار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الأبار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الأبار وبعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأخرى والأولى قالوا وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الأبار فهي أخرى أن تجب له قبل الأبار وشبهوا خروج التمر بالولادة قالوا وكما أن من باع أمة لها ولد فولد لها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأمر في التمر وقال ابن أبي ليلى سواء أبر أو لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشتراطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لأنه رأى أن التمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول إلا أن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث وإنما خالف مفهوم الدليل فيه . فذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأخرى والأولى وهو الذي يسمى خوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وإن كان في الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسمع وهو كما قلنا ضعيف والأبار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع أناتها وفي سائر الشجر أن تنور وتمتد والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الأبار وأبار الزرع مختلف فيه في المذهب فروى ابن القاسم عن مالك أن إباردان يفرق قياساً على سائر التمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الأبار أو وقت الأبار قيل وقت وقيل الأبار وعلى هذا ينبغي الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه وانفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع تمر وقد دخل وقت الأبار فلم يؤبر أن حكمه حكم المؤبر .

(المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعرق على ثلاثة أقوال، أحدهما أن ماله في البيع والعرق لسيدته وكذلك في المكاتب وبه قال الشافعي والكوفيون، والثاني أن ماله نبع له في البيع والعرق وهو قول داود وأبي نوري، والثالث أنه تبع له في العرق لا في البيع إلا أن يشترطه المشتري وبه قال مالك والليث فحجة من رأى أن ماله في البيع لسيدته إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع

ومن جعله لسيده في العتق ققياساً على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد في كل حال انبتت على كون العبد مالاً كما عندهم وهي مسألة اختلف العلماء فيها اختلافاً كثيراً أعني هل يملك العبد أولاً يملك ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على السماع لأن حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالم إلا أن نافعاً رواه عن ابن عمر عن عمرو سالم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع وقال مالك في الموطأ لا امرأ المجتمع عليه ننسبنا أن المبتاع إذا شرط مال العبد فهو له قدراً كان أو عرضاً أودينا وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق غلاماً فماله له إلا أن يستثنيه سيده ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدرهم وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقداً وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئاً لا يجوز فهما إلا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صنفه البيع فقال ابن الناسم لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال إن كان ما اشتري به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجوز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم وإن كان ما اشتري به عرضاً ولم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه ثم النخل بعد الأبار ووجه قول أشهب تشبيهه الخبز بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يتعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحيط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وفائدة الفرق أن من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك وأيضاً من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعني الزيادة لم يوجب شيئاً من هذا فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المراجعة بل الحكم للثمن الأول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلاً وهو في حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد القرية قلوا وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثاني بأنهم على أنها لا تلحق في الشفعة وبالجملة من رأى أن المقد الأول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .

﴿الجملة الرابعة﴾ وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة فقههاء الامصار متفقون على انها يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل اعنى في الوقت الذي يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة فان فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه وقال الشافعي ومحمد ابن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان ، احدهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشتري ، والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن الناسم ، والثانية رواية أشهب والقوت عنده يكون بتغير الاسواق وزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور والقول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر إلا أن يكونا مختلفا في جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثلون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار قتهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيا بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يتراد ان فن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والعلة في ذلك عنده ان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التي يجب ان يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري قال اذا قبض السلعة أو فانت فند صار القبض شاهداً للمشتري وشبهة لصدقه وانمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة وهذا هو أصل مالك في الايمان ولذلك يوجب في مواضع الثمين على المدعى وفي مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب باليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو في الاكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون الثمين في حيزه . وأما من رأى القول قول المشتري فانه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء أو مدعى عليه عدداً ما في الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرج به الشيخان البخاري ومسلم وانما أخرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان ، إحدهما الفسخ ، والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف فلا شهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لا أحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب .

*** (القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع) ***

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فتقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تنق باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حواله سوق ان حكمها الرد أعني ان يرد البائع الثمن والمشتري المثلون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكر وهبة . فأما المحرمة فانها اذا كانت مضت بالقيمة . وأما المكر وهبة فانها اذا قامت صححت عنده ور بما صح عنه بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك فلشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان انهمى في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعني بيوع الربا والغرر فاذا قامت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد قبض السلعة وهي تساوى القأ وترد وهي تساوى خمسمائة أو بالعكس ولذلك يرى مالك حواله الاسواق فوتاً في المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا قامت وكان البائع هو المسلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن لان المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من انهم لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة ردها ما لم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعني شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهى فاذا انعقد البيع فاسد لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضى عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد

ابن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق نحر فلما انعمه بالبيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجواب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذ قد انتضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أول كثير منها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجري مجرى الاصول .

(كتاب الصرف)

ولما كان يخص هذا البيع شرطان ، أحدهما عدم النسبة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة اجناس ، الاول في معرفة ما هو نسبة مما ليس بنسبة ، الثاني في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان القسمان يتقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع أيضاً من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعني الزيادة والنسبة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم أيضاً الى نوعين كاقسام أصله ، الرابع في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعني عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمساكن هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذي رسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ما عدا المسائل التي يدخلون في الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية في كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان القاسد منها يؤل الى أحد هذين الاصلين أعني الى صرف بنسبة أو بتفاضل أدخلوها في هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والجموعة وانفرادي بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا ان نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضع مناد ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له

ان يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه يكفي من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقه زماننا يظنون ان الفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر وهو لا عرض لهم شبيه ما عرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها وهو بين ان الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان يقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذي يصنع لكل قدم خفاً يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقه في هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

﴿المسئلة الاولى﴾ أجمع العلماء على أن يبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلاً بمثل بدأب يد الاماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المكين فانهم أجازوا بيعه متفاضلاً ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا في النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسيئة . وأما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن أنس بن سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز وهو من أصح ما روى في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصاً في ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص في ذلك لانه روى فيه لفظان ، أحدهما أنه قال انما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص . وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا في النسيئة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضي أن ما عدا النسيئة فليس ير بالكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا في النسيئة من جهة انه الواقع في الاكثر واذا كان هذا محتملاً والا لاول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكة وتبره ومصوغه سواء يبيع بعضه ببعض متفاضلاً لعموم الاحاديث المتقدمة في ذلك الاماوية فانه كان .

بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والاماروى عن مالك انه سئل .

الضرب بورقه فيعطيه أجره الضرب وياخذ منهم دنانير ودرهم .

إذا كان ذلك لضرورة خروجه الرفقة ونحو ذلك فارجو أن لا يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهة المعروف .

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى بباع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك أن كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز به مع أنه أعتى بالفضة أن كانت حليته فضة أو بالذهب أن كانت حليته ذهباً والالم يحز وكانه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كأنها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الفضة التي في السيف وكذلك الأمر في بيع السيف المحلى بالذهب لأنهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب يتأهل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويتمى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الأحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصاري أنه قال أنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها ذهب وخرز وهي من المعاني تباع قمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والذهب وزناً بوزن خرجه مسلم . وأما ما أوردناه كما قلنا فأجاز ذلك على الإطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لا أسكن في أرض أنت فيها لما رواه من الحديث .

﴿المسئلة الثالثة﴾ اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجز أو اختلفوا في الزمان الذي يحدد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعي الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق المتصارفان معجل أو تأخر القبض وقال مالك أن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه * وسبب الخلاف تردد في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: لا هاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالآقل والأكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق من المجلس أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال لا يجوز التأخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصح القبض من المتصارفين على الفور قال أن تأخر القبض عن المعد في المجلس بطل . على هذا المعنى لم يحز عندهم في الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار إلا ما حكى الخيار واختلف في المذهب في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان

أو أحدهما فمرة قيل فيه أنه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قيل أنه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف العلماء فيمن اضطرب دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائها فأراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وإن كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلى صرف دينار فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي إلى صرف دينار قال وإن رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله إلا أن تكون الزبوف نصف الدراهم أو أكثر فإن ردها بطل الصرف في المردود وقال الثوري إذا رد الزبوف كان مخيراً أن شاء أبدها أو يكون شريكاً له بقدر ذلك في الدنانير أعني لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلاً كان أو كثيراً وابن وهب من أصحاب مالك يجزى البطل في الصرف وهو مبني على أن الغلبة على النظر في الصرف ليس لها تأثير ولا سبب في البعض وهو أحسن وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزبوف قولان فيتحصل لفتقاء المصارف في هذه المسئلة أربعة أقوال ، قول بإبطال الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول بإثبات الصرف وجوب البطل ، وقول بالترق بين القليل والكثير ، وقول بالتخير بين بدل الزائف أو يكون شريكاً له * وسبب الخلاف في هذا كله هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير . وأما وجود النقضان فن المذهب اضطرب فيه فمرة قال فيه أنه إن رضى بالنقضان جاز الصرف وإن طاب البطل انتقض الصرف قياساً على الزبوف ومرة قال يبطل الصرف وإن رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضاً إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه أعني هل يبطل الصرف المتعقد على التناجز فقط فتبطل بطل الصرف كله وبه قال الشافعي وقيل يبطل منه المتأخر فقط . وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف والقولان في المذهب ومبني الخلاف في الصنف الواحد يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصنف كلها أو الحرام منها فقط .

﴿المسئلة الخامسة﴾ أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي القضة بالفضة وإن اختلف العدد لا اتفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين ، أحدهما أن تختلف صفة الذهبين ، والثاني أن ينتقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضاً أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب أو ذهباً إن كانت المراطلة بدراهم . فذهب مالك أما في الموضع الأول وهو أن يختلف جنس

المراطل بهما في الجودة والرداءة متى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخرج
 الآخر ذهبين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ فان ذلك
 عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعنى الذى أخرجه وحده أجود من
 الذهبين المختلفين الذين أخرجهما الآخر أو اردأ منهما معاً او مثل أحدهما وأجود من
 الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة
 وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام وهو
 مصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يهتم ان يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين
 متفاضلا فكانه أعطى جزءاً من الوسط بأكثر منه من الاردي أو بأقل منه من الاعلى
 فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لاخر خذ منى
 خمسة وعشرين مثقالا وسطاً بعشرين من الاعلى فقال لايجوز هذا لنا ولكن أعطيك
 عشرين من الاعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة
 الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبى الوسط العشرين من ذهبك الاعلى
 وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القيمة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من
 الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى
 هذا الموضع فى المصارفة التى تكون بالعدد اعنى اذا اختلفت جودة الذهبين أو الاذهاب
 وأما اختلافهم اذا قصت المراطلة فأراد أحدهما ان يزيد شيئاً آخر مما فيه الربا أو مما لا ربا
 فيه فقرىب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينتص أحد
 الذهبين عن الآخر فيريد الذى قص ذهبه ان يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضاً فقال
 مالك والشافعى والليث ان ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة
 والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل المرض
 وعمدة مالك التهمة فى ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعى عدم
 المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة
 بالعدد .

﴿المسئلة السادسة﴾ واختلفوا فى الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنائير وللاخر
 عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهى فى الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حللتهما وقال
 أبو حنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال وقال الشافعى والليث لايجوز ذلك حلاً أو لم يحل وحمية

من لم يحزه انه غائب بغائب واذا لم يحز غائب بناجز كان أخرى أن لا يجوز غائب بغائب . وأما مالك فاقام حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معاً لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين و بقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ماليس عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فجاز ذلك الشافعي وابو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد اعني اذا كان احدهما هو المستقرض فقط . وقال زفر لا يجوز ذلك الا ان يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذ فيها اذا حل الاجل ذهباً أو بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال ابو حنيفة الا انه أجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يحز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الاجل حالاً أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبيع أبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك اذا كان بسعر يومه خرجه ابوداود وحجة من لم يحزه ما جاء في حديث ابى سعيد وغيره : ولا تبيعوا منها غائباً بناجز .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا ان يكون أحدهما الاكثر والاخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنائير وقيل ان كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز فان كانا معاً مضمودين لم يحز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لانه ليس في ذلك ما يؤدى الى ربا ولا الى غرر .

﴿ كتاب السلم ﴾

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب ، الباب الاول في محله وشروطه ، الباب الثاني فيما يجوز ان يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الاقالة والتعجيل والتأخير ، الباب الثالث في اختلافهما في السلم .

﴿ الباب الاول ﴾ أما محله فانهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من

حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف في ثمن معلوم و وزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والعقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيراً الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعي والاوزاعي والليث الى أن السلم فيها جائز وهو قول ابن عمر من انصحابه وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم : نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفرق الأولى وربما احتجوا أيضاً بنبيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من أجاز السلم في الحيوان ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الإبل فامرهم أن يأخذوا على قلاص الصدقة فأخذوا البعير بالبعيرين الى إبل الصدقة وحديث أبي رافع أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة * فبسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما تناقض الآثار في هذا المعنى ، والثاني تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أو لا يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قل لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قل تنضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض وأجازته مالك بالعدد وكذلك في اللحم أجازته مالك والشافعي ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرأس والا كارع أجازته مالك ومنعه أبو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والقصص أجازته مالك ومنعه الشافعي وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشرعة لا احصاء الفروع لأن ذلك غير منحصر .

﴿ وأما شروطه ﴾ فمنها يجمع عليها ومنها يختلف فيها فاما المجمع عليها فهي ستة منها أن يكون الثمن والمنعمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك إما اتفاق المتناع على ما يراه مالك رحمه الله وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة وأما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء ومنها أن يكون مقدراً إما بالكيل أو بالوزن أو العددان كان مما

شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن يكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل اجلاً بعيداً الثلاثي يكون من باب الكالي بالكالي هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقاً فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخير بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن من شرطه التبايض في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا، والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه، والرابع أن يكون الثمن مقدراً أمام كيلاً وأمام وزناً وأمام معدوداً وأن لا يكون جزأفاً فالاجل فان أباحنيفة هو عنده شرط صحة بخلاف عنه في ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمي فانه فصل الأمر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة، وسلم مؤجل وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشتراط الاجل شيثان ظاهر حديث ابن عباس والثاني أنه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه وعمدة الشافعي أنه اذا جاز مع الاجل فهو حالاً أجوز لانه أقل غرراً وربما استدلت الشافعية بتأريه أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جمل من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد تمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرأً وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال تمر في الذمة ولله المكية من طريق المعنى أن السلم انما يجوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والتخفاف والحصاد والموسم، والثاني في مقدار من الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه، وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاه في البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان المعتبر في ذلك اجل يختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً أو نحوها وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي

بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطاً غير معطل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطاً معطلاً باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما يختلف فيه الاسواق غالباً وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فمن رأى ان الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الاجال يسيراً جاز ذلك إذ الفرر ليس مفعولاً عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والتقصان ومن رأى انه كثير وإنما أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكما لم يحجزه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم ان يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حين عقد السلم فان مالك والشافعي وأحمد واسحق وأبانور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت إبانة وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم الا في إبان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان ما ورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسمون في التمر السنتين والثلاث فافترقوا ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا أن الفرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجوداً في حال العقد وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .

﴿ وأما الشرط الثالث ﴾ وهو مكان القبض فان أبا حنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضي أبو محمد الافضل اشترطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك .

﴿ وأما الشرط الرابع ﴾ وهو أن يكون الثمن مقدراً مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذكوراً ولا جزأفاً اشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحب أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص الا انه يجوز عنده بيع الجزاف الا فيما بعظم الفرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغي أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعاً مختلفة أو مع تركه ان كان نوعاً واحداً ولم يختلفوا ان السلم لا يكون الا في الذمة وأنه لا يكون الا في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة اذا كانت مأمونة وكأنه رآها مثل الذمة .

﴿ الباب الثاني ﴾

وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

﴿ مسألة ﴾ اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك يفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكأنه رأى من باب الكالى بالكالى وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وانما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك في هذا والمعتد عليه في هذه المسئلة ما رواه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي والكالى بالكالى المنهى عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخل اضطراباً .

﴿ مسألة ﴾ اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلاً وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وتمسك أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره . وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين ، أحدهما اذا كان المسلم فيه طعاماً وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث ، والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل ان يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضاً مخالفاً له في أخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيئاً من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك ان هذا يدخله ما سلف وزيادة ان كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاماً لم يجز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وان كان أقل جودة لانه عنده من باب البدل في الدنانير والاحسان مثل ان يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته

شعير او هذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله أو أقل وان أخذ دراهم في دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع ما لم يكن طعنا لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني انها تفسد عنده بما يفسد بيوع الاجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف أو الى ضع وتمجل أو الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسئلة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يحزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجازوه به قال الشافعي والثوري وحجتهم ان الاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب والظن الردي بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبي سعيد فانه إنما وقع التمه في قبيل الاقالة .

(مسئلة) اختلفوا اذا قدم المبتاع في السلم فقال للبائع أقلني وأنظرك بائنا الذي دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حصل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يتيه فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزا رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذي أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أقال مسلما صفتته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسرا أظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله .

(مسئلة) اجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير الى أجل فدفعها اليه عند محل الاجل و بعده فانه يلزمه أخذها واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أنى بها قبل محل الاجل لم يلزم أخذها وقال الشافعى ان كان مما لا يتغير ولا يقصده النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصده النظارة كالقواكه لم يلزمه وأما اذا أنى به بعد محل الاجل فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه انه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطائف الشتاء فيأتي بها في الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور في انه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل انه من ضمانه الى الوقت المضروب الذى قصده ولما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك الدنانير والدرهم اذا لامؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الاجل فحجته انه رأى أن المفصود من العروض انما كان وقت الاجل لا غيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين أعنى بعد الاجل او قبله فشبهه بالدنانير والدرهم.

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فاخبر البائع أو المسلم اليه المشتري بكيل الطعام هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله وان يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والاخيف ان يكون من باب الربا كانه انما صدقه في الكيل لمكان انه انظره بانتم وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى والاوزاعى والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجنتهم انه لم كان ليس للمشتري أن يبيعه الا بعد ان يكيله لم يكن له ان يقبضه الا بعد أن يكيله البائع له لانه لم كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام: نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلغا في الكيل فقال الشافعى القول قول المشتري وبه قال أبو ثور وقل مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشتري عند قبضه اياه وهذا مبنى عنده على ان البيع يجوز بنفس تصديقه .

* (الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم) *

والمتبايعان في السلم اما أن يختلفا في قدر الثمن أو انتمنوا وما في جنسهما وما في الاجل واما في مكان قبض السلم . فاما اختلافهم في قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان أنى بما يشبه والا فالقول أيضا قول المسلم ان أنى ايضا بما يشبه فان اتيا بما لا يشبه فالقياس ان يتحالفا

ويتفاسخا . واما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول أحد هما سلمت في عمرو يقول الآخر في قح وأما اختلافهم في الاجل فان كان في حله قال قول قول المسلم اليه وان كان في قدره قال قول ايضا قول المسلم اليه الا ان يأتي بما لا يشبهه مثل ان يدعى المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت قال قول قول المسلم . واما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم قال قول قوله وان لم يدعه واحد منهما قال قول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف ابو الهرج في الموضع الثاني فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا * واما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .

﴿ كتاب بيع الخيار ﴾

والنظر في اصول هذا الباب أما أولا فهل يجوز ام لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط التقديف أم لا ومن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خياراً كالقول . أم جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثة وماروى في حديث ابن عمر: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا لا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم في البيع الا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع قالوا وحديث حبان امانه ليس بصحيح واما انه خاص لما شكى اليه صلى الله عليه وسلم انه يخذع في البيوع قالوا واما حديث ابن عمر وقوله فيه لا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو ان يقول أحد هما لصاحبه اختر . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وانه انما يتقدر بتقدير الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك بتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار والجلة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وابو يوسف ومحمد بن

الحسن يجوز الخيار لاى مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيّد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن جنى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبداً وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعى ان وقع الخيار فى الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال أبو حنيفة ان وقع فى الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعى بل هو فاسد على كل حال فهذه هى أقاويل فقهاء الامصار فى مدة الخيار وهى هل يجوز مطلقاً أو مقيّداً أو ان جاز مقيّداً فكم مقداره وان لم يجز مطلقاً فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار فى الثلاث أم لا يجوز بحال وان وقع فى الثلاث فاما أدانهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه . واما عمدة من لم يجز الخيار الا ثلاثاً فهو ان الاصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ما ورد فيه النص فى حديث متقدي بن حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العربا من الزانية وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث فى حديث المصراة وهو قوله : من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام . واما حديث منقذ فاشبه طرقة المتصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم قال لمنقذ وكان يجحد فى البيع : اذا بعت قتل لا خلاصة وأنت بالخيار ثلاثاً . واما عمدة أصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان امكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص انما ورد عنهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص أريد به الخاص . واما اشتراط النقد فانه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف . وأما من ضمان المبيع فى مدة الخيار فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والاوزاعى مصيبة من البائع والمشتري أمين وسواء كان الخيار لهما أو لاحدهما وقد قيل فى المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف فى ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم فى الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما ان كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشتري وبقي مطلقاً حتى ينقضى الخيار وقد قيل عنه ان على المشتري الثمن وهذا يدل على أنه

قد دخل عنده في ملك المشتري وللشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشتري لا يسما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعثك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشتري الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلأنه إن كان البائع هو المشتري فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه وإن كان المشتري هو المشتري فالمشتري له فقط وقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب أن يدخل في ملك المشتري ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك لمشتري وإذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خياراً ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لا بد أن تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آبل إلى هل الخيار مشروط لا يقع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع فإذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وإن اقلنا في تكميله فهو في ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فإن مالكاً والشافعي وأصحابهما قالوا يورث وأنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الأمانة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرهن بالمعيب أعني أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق العنبة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الألب ما وهبه لابنه أعني أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك أعني للأب وكذلك خيار الكتابة والطلاق والأمان ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فموت الرجل المجهول له الخيار فإن ورثته لا يتزولون منزله عند مالك وسلم الشافعي ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائد خيار الأمانة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالأموال فوضع الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلم له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتاج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتاج على أبي حنيفة

بتسليمه ورائة خيار الرد بالميب و يشبه سائر الخيارات التي يورثها به والحنفية تمنح أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم ان يعطى فارقاً فيما يختلف فيه قوله ومشاهاً فيما ينفق فيه قوله و يروم في قول خصمه بالصدأ عني ان يعطى فارقاً فيما يضعه الخصم متفقاً و يعطى اتفاقاً فيما يضعه الخصم متبايناً مثل ما تقول المالكية انما قلنا ان خيار الالب في رد هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة في الالب لا توجد في غيره وهي الالبوة فوجب أن لا نورث لال الى صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خياراً عني انه من انقذح له في شيء منها انه صفة للعقد ورنه ومن انقذح له انه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه .

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجوز الا ان يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير المعاد وهو قول أحمد وللشافعي قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال ابو حنيفة وانفق المذهب على ان الخيار للاجنبي اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار ف قيل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري وقال عكس هذا القول من جعل خياردهنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشتري اى ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشتري ان كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذي اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشتري فالتقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد واراد الاجنبي الامضاء ووافقه المشتري فالتقول قول المشتري وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشتري فالتقول فيهما قول من اراد الامضاء وكذلك الحال في المشتري وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري اى ان اشترطه البائع فالتقول قول من اراد الامضاء منهما وان اشترطه المشتري فالتقول قول الاجنبي وهو ظاهر ما في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فمن اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل ان يشترط أجلاً مجزئاً وخياراً فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه اعني أجنبياً فقال مالك والشافعي لا يصح البيع وان أسقط الشرط القاسد وقال ابو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط القاسد فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى الى

العقد أم لا يتعدي وإنما هو في الشرط فقط فن قال يتعدي أبطل البيع وإن أسقطه ومن قال لا يتعدي قال البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحاً .

(کتاب بیع المراجعة)

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومراجعة وان المراجعة هي ان يذ كر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه زبجاً ما للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين ، أحدهما فيما للبائع أن يعد من رأس مال السلعة مما اتفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يعده من رأس المال ، والموضع الثاني اذا كذب البائع للمشتري فأخبرانه اشتراها بأكثر مما اشترى السلعة به أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأكثر ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذي يجوز ان يبنى عليه الربح ، الثاني في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

الباب الاول . فاما ما يعد في الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك في ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينتسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فاما الذي يحسبه في رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذي يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فلا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التي توضع فيها . واما ما لا يحتسب فيه في الامرين جميعا فليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالمسرة والطى والشد وقال ابو حنيفة بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال ابو ثور ولا تجوز المراجعة الا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل و يفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش . واما حصة رأس الثمن الذي يجوز ان يحبر به فان مالكا والليث قالاه فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشترىها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشترىها لانه من

باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدرهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف اصحاب مالك من هذا الباب فبين ابتاع سلعة بدينار ورضى هل يجوز له ان يبيعها مائة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز هل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز لبيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال اشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض ان يبيعها مائة لأنه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وابو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فآخذ في الدنانير عرضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مائة دون ان يعلم بما قد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما نقد وقال ابو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مائة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي اعطى فيها او الدراهم وقال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مائة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشتري مثل اجله وقال ابو ثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

﴿ الباب الثاني ﴾ واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مائة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك . إما باقراره . وإما بينة ان الثمن كان اقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشتري بالخيار . اما ان يأخذ بالثمن الذي صح او يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وان ألزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذي ان ألزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازماً لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول بال لزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشتري انما اربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب ان يرجع الى الذي ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعني انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . وإما اذا فاتت السلعة فقال الشافعي يحط بمقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء وان كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو ردها لثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذي صح . وإما اذا باع الرجل سلعته مائة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وانه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويحبر المبتاع على ذلك الثمن

وهذا بعيد لانه يبيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة اذا فانت السلعة ان المبتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذى صبح ف هذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة وجود العيب . فاما حكم الكذب فقد تقدم . واما حكم الرد بالعيب فهو حكمة في البيع المطلق . واما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقاً وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم . وأما عند اشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في الثمن وقسم غير مؤثر . فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمة عنده حكم الكذب وأما التي تتركب فهي أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل مذهب ابن القاسم فيها انه يأخذ بالذى تبقى حكمة ان كان فات بحكم احدهما او بالذى هو ارجح له ان لم يفت حكم أحدهما . اما على التخيير حيث يمكن التخيير او الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لا نثق بكتب القروع أعنى مذهب ابن القاسم وغيره .

﴿ كتاب بيع العربية ﴾

اختلف الفقهاء في معنى العربية والرخصة التي أتت فيها في السنة فحكى القاضي ابو محمد عبد الوهاب المالكي أن العربية في مذهب مالك هي ان يهب الرجل ثمرة نخلة او نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعري شراؤها من المعري له بنجر صها ثمرا على شروط أربعة ، احدها ان تزهي والثاني ان تكون خمسة اوسق فما دون فان زادت فلا يجوز ، والثالث ان يعطيه الثمر الذى يشترها به عند الجذاذ فان اعطاه نقد لم يجز ، والرابع ان يكون الثمر من صنف ثمر العربية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة في العربية انما هي في حق المعري فقط والرخصة فيها انما هي استتناؤها من المزابنة وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ومن صنفي الربا أيضاً أعنى التفاضل والنساء وذلك انه يبيع تمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلاً وهو أيضاً ثمر بتمر الى اجل فهذا هو مذهب مالك فما هي العربية وما هي الرخصة فيها ولما الرخصة فيها . واما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده

ففيها ليست للمعري خاصة وانما هي لكل أحد من الناس أراد ان يشتري هذا القدر من التمر أعني الخمسة اوسق او مادون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها انما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطباً وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشتري به الرطب والشافعي يشترط في اعطاء التمر الذي تباع به العربية ان يكون نقداً ويقول ان تفرق قبل القبض فسد البيع والعربية جائزة عندما لك في كل ما يبس ويدخر وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عندما لك والشافعي وعنه ما الخلاف اذا كانت خمسة اوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عندما لك الجواز فالشافعي يخالف مالكا في العربية في اربعة مواضع ، أحدها في سبب الرخصة كما قلنا ، والثاني أن العربية التي رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز ، والثالث في اشتراط النقد عند البيع ، والرابع في محلها فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط وعندما لك في كل ما يدخر ويابس وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا في أن العربية عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة انما هي عنده فيها للموهوب له اعني المعري له لا المعري وذلك انه يرى ان له ان يبيعها من شاء بهذه الصفة لا من المعري خاصة كما ذهب اليه مالك وأما ابو حنيفة فيوافق مالكا في ان العربية هي الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزاينة ولا هي في الجملة في البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب في هبته اذا كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها تمر أنخرصها وعمدة مذهب مالك في العربية انها بالصفة التي ذكرستها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا وأصل هذا ان الرجل كان يهب التخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فبيعه له أن يشتريها بخرصها تمرأ عند الجذاذ ومن الحجّة له في أن الرخصة انما هي للمعري حديث سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص في العربية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً قالوا فقول له يأكلها رطباً دليل على ان ذلك خاص بعربها لانهم في ظاهر هذا القول أهلها ويمكن أن يقال ان أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان لكن قوله رطباً هو تعليل لا يناسب المعري وعلى مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ولذلك كانت الحجّة للشافعي واما ان العربية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا العربية هي الهبة واختلف في تسميتها بذلك فقل لانها عربيت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل

أعروه إذا سأله ومنه قوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتر » وإنما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعني تأخيرهم إلى ذلك الوقت لأنه تمرير بالشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة وعنده أنه إذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز . وأما اشتراطه جوازها في الخمسة إلا وسق أو فيما دونها فلما رواه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أُرخص في بيع العرايا بخرصها فيادون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق وإنما كان عن مالك في الخمس إلا وسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوي وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه إذا بيع فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمر آخرجه مسلم وأما الشافعي فعنده حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حمزة عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهل الرطب والعريه عندهم هي اسم لمادون الخمسة إلا وسق من التمر وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فمادونه رخص هذا القدر الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بجمار وادباسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنا زيد بن ثابت وإنا غيره ما عراياكم هذه قال فسمى رجلاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أنى وليس بأيديهم قد يتعاون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فخص لهم أن يتعاونوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رطباً وإنما لم يحز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في العرايا ولم يخص المعري من غيره وأما أبو حنيفة فلما لم يحز عنده المزابنة وكانت أن جعلت بيعاً نوعاً من المزابنة رأى أن انصرفها إلى المعري ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب إعطاء خرصها تمرًا وتسميته إياها بيعاً عنده مجاز وقد انتفت إلى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يحز بيعها بالدرهم ولا بشئ من الأشياء سوى الخرص وإن كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل إن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع . منها أنه لم يسمها بيعاً وقد نص الشارع على تسميتها بيعاً . ومنها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبه

لا تكون العربة استثناء من المزابنة لان المزابنة هي في البيع والعجب منه انه سهل عليه أن يستثنى من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنى مما استثنى منه الشارع وهي المزابنة والله اعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وتسليما

(كتاب الاجارات)

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع أعني ان أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعني فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين ، القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة والفساد ، والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولا ما في ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما في ذينك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصودنا انما هو ذكر المسائل التي تجرى من هذه الاشياء بحرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدرا الاول . وحكى عن الاصم وابن عليه منعها ودليل الجمهور قوله تعالى « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين » الآية وقوله « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ومن السنة الثابتة ما خرّجه البخاري عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الديل هادي خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعنا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا وشروط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاءه بالشرط جاز استيفاءه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات في وقت المقدم معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والشرع انما يلاحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب أو يكون استيفاءه وعدم استيفائه على التسواء .

﴿ القسم الاول ﴾

وهذا القسم النظرفيه في جنس الثمن وجنس المنفعة التي يكون الثمن مقابلا له وصفقتها . فاما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك في باب البيوع . وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر المعنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن وفي اجارة نزع التحول . فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يحجزوا ذلك بتهوهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدرهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شيء ماعدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وما عدا ما ينبت فيها كان طعاما أو غيره والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بما عدا انطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بحجز مما يخرج منها من الطعام ومن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شيء وبحجز مما يخرج منها وبه قال احمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يحجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهو لا علم بلفتوا الى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسأت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع وابن عمر وأخذ به ومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شاذب عن مطرف عن عطاء

عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له أرض فليزرعها أو
ليزرعها ولا يؤاجرها ف هذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يحز كراء الأرض وقالوا
أيضاً من جهة المعنى انه لم يحز كراؤها لما في ذلك من الفرر لانه ممكن أن يصيب الزرع جائحة
من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشئ * قال القاضي
ويشبه أن يقال في هذا ان المعنى في ذلك قصد الفرق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى
عن بيع الماء ووجه التشبه بينهما انهما أصلاً الخلقة . وأما عمدة من لم يحز كراءها إلا بالدرهم
والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فزرعها ورجل منح أرضاً فهو يزرع
ما منح ورجل اكترى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث
والأحاديث الأخرى مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من أجاز
كراءها بكل شئ ما عدا الطعام وسواء كان الطعام مدخراً أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم
عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له
أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلاث ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى
الحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكر حديث سعيد بن المسيب مرفوعاً
وفيه والحاقلة استكراء الأرض بالحنطة قالوا أيضاً فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسبة
وعمدة من لم يحز كراءها بالطعام ولا بشئ مما يخرج منها أما بالطعام فحجته حجة من لم يحز كراءها
بالطعام وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهي صلى الله عليه وسلم عن المخابرة
قالوا وهي كراء الأرض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراءها
بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشئ معلوم فجاز
قياساً على إجازة سائر المنافع وكان هؤلاء ضعفاء أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله
وغيره في حديث رافع انهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن
يحمل عليها سائر ما قال كئنا أكثر أهل المدينة حقلاً قال وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول
هذه القطعة لي وهذه لك وربما أخرجت هذه ولم يخرج هذه فهاهم النبي صلى الله عليه وسلم
خرجه البخاري وأما من لم يحز كراءها بما يخرج منها فعمدة النظر والاثار . أما الاثر فورد
من النهي عن المخابرة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رقفاً قلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال

دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا تصنعون بما قلتم قلنا نؤاجر على الربيع وعلى
الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعملوا ازرعوها أو زارعوها
أو امسكوها وهذا الحديث انفق على تصحيحه الامامان البخاري ومسلم . وأما من أجاز
كراهها بما يخرج منها فمصدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع
الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما يخرجها الارض
والتمر قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لانها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث
رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر بدليل ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه
قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنع أحدكم أخاه يكن خيراً له من أن
يأخذ منه شيئاً قالوا وقد معاذين جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم
بمخابرون فآقرم .

(وأما جارة المؤذن) فان قوم لم يروا في ذلك بأساً وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا
ذلك وحرّموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم : اتخذمؤذنا لا يأخذ على أذانه أجر أو الذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة
وهذا هو سبب الاختلاف أعني هل هو واجب ام ليس بواجب . وأما الاستئجار على تعليم
القرآن فقد اختلفوا فيه أيضاً وكرهه قوم وأجازوه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر
الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله
صلى الله عليه وسلم فأتينا على حي من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الخبر فهل
عندكم دواء أو رقية فان عندنا معتوها في القيود فقلنا لهم نعم فجأوا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة
الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع برقي ثم أتفل عليه فكانما أنشط من عقال فأعطوني
جعلاً فقلت لا حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال كل فلعمرى لمن أكل
برقية باطلا فلقد أكلت برقية حقاً بما روى عن أبي سعيد الخدري أن اصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم كانوا في غزاة فروا بحى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى
قد لدغ أو قد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرى فأعطى قطيعاً من الغنم فأبى ان
يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيقته قال بفاتحة الكتاب قال وما
يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوها واضربوا الى معكم فيها
بسهم وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة

قالوا ولم يكن الجمل المذكور في الاجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقي وسواء كان الرقي بالقرآن أو غيره الاستئجار عندنا جائز كالعلاجت قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة القحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على أن ينزوا كواما معلومة ولم يحجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي وحجة من لم يحجز ذلك ما جاء من النهي عن عسيب الفحل ومن أجاز مشبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع واستئجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على أفرادها فلا يجوز استئجار قفحة للشم ولا طعام لثريين الخانوت اذهذه المنافع ليس لها قيم على أفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الاجارة فيه وإنما منع من منع اجارتها لأنه لم يتصور فيها منفعة الا بتلاف عينها ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمن في المبيعات وما لا يجوز ومما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوي ومعنى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان يحجزه من الدقيق الذي يطحنه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي من الاشياء التي تكون دبو ناعلى الذم ووافق الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بساع من الدقيق فسد ثمنه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالقهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه ردى يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من السحت كسب الحجام وما روى عن أنس بن مالك قال: جرم

رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبي جحيفة قال اشترى
 أبي حجاماً فكسر محاجمه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
 عن نمن الدم . وأما من رأى اباحه ذلك فاحسب بما روى عن ابن عباس قال : احتجهم رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره قالوا ولو كان حراماً لم يعطه وحديث جابر ان رسول الله
 عليه وسلم : دعا اباطيبة فحجمه فسأله كم ضربيتك فقال ثلاثة أصع فوضع عنه صاعاً وعنه أيضاً
 أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه أن يخفوا عنه . وأما الذين قالوا بكرهيته فاحسبوا
 بما روى أن رفاعه بن رافع أو رافع بن رفاعه جاء إلى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحاً وبما روى عن رجل من بني حارثة
 كان له حجام وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل
 يراجع حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أغلف كسبه ناضحاً وأطعمه رقيقاً .

ومن هذا الباب أيضاً ﴿ اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار أخرى فأجاز ذلك مالك
 ومنعه أبو حنيفة ولعله رأى ما من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما
 يتعلق بجنس الثمن و بجنس المنفعة . وأما ما يتعلق باوصافها فنذكر أيضاً المشهور منها فن ذلك
 ان جمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن
 يكون الثمن معلوماً والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما
 بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملاً واستيفاء
 منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشياً مثل كراء
 الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من الساف الى جواز اجارة الجهولات مثل
 أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور ان
 الاجارة بيع قامت منع فيها من الجهل . كان العين مامتنع في المبيعات واحتج القرقي الثاني
 بقياس الاجارة على القراض والمساواة والجمهور على أن القراض والمساواة مستثنيان
 بالسنة فلا يقاس عليهما الخروجهما عن الاصول وانفق مالك والشافعي على أنهما اذا ضربا
 للمنفعة التي ليس لها غاية أمداً من الزمان محدوداً أو حددوا أيضاً أول ذلك الامد وكان أوله
 عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد
 فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة
 بكذا أو شهراً بكذا ولا يذكرون أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز

ويكون أول الوقت عندما ملك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعي لانه غرر وأجازة مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يحجز الشافعي اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجازة مالك واختلف قول أصحابه في استعجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فقالك يحجز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر ثم لا تتغير الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا أكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في أرض المطر إلا لعام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز إلا لعشرة أعوام فقط فلا اختلاف ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقلة المدة مثل أن يقول أكثرى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضر بان لذلك أمد أم معلوم فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غير * وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المفقوع عنه أو المنهى عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجازة مالك ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ولم يحجز مالك أن يقرن بالبيع إلا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لا تجوز لان عنده ان الانتفاع بهامع الاشاعة متعذر وعندما ملك والشافعي ان الانتفاع بهامك مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه أعني رب المال ومن هذا الباب استعجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أعني في كل اجير وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط * وسبب الخلاف هل هي اجارة مجهولة أم ليست مجهولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمن . وأما أنواع الاجارة فان العلماء على ان الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده كوالجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفي منافعه وفي الشيء الذي تستوفي به منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا والحمل

الذى تستوفى به منفعة المالك وعند مالك ان الرأى لا يحتاج ان يوصف وعند الشافعى يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استأجر الراعى على غنم باعياها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يجعل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المأمونة السقي عنده أن لا يشترط فيها النقد الا بعد الرى واختلقوا فى الكراء هل يدخل فى أنواعه الخيار أم لا فقال مالك يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعى لا يجوز فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه وهى الاشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقي النظر فى الجزء الثانى وهو أحكام هذا العقد .

﴿ الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر فى أحكام الاجارات ﴾

وأحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر فى جملتين ، الجملة الاولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارى عليه ، الجملة الثانية فى أحكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم فى الاشارة الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب القسح وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف .

﴿ الجملة الاولى ﴾ ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المالك دفع الكراء اذا أطلق العتد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وابى حنيفة ان الثمن انما يلزم جزئاً فجزئاً بحسب ما يقبض من المنافع الا ان يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل ان يكون عوضاً معيناً أو يكون كراء فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فكذلك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعى كانه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فى ان كبرى دابة أو دار أو ما أشبه ذلك هل له ان يكرى ذلك بأكثر مما اكرتاه فأجازهم مالك والشافعى وجماعة قياساً على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب بيع ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكرى وأيضاً فانه من باب بيع ما لم يقبض واجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملاً ومن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفیان الثورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبهة بالبيع ومنها

ان يكرى الدار من الذي أكرها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكان رأي له
اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا أكرى أرضاً
ليزرعها حنطة فارد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرر بمثله ضرر الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك
وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكثرة فالمشهور عن
ابن القاسم انه على أن باب الدور وروى عنه انه على المكثري وبه قال الشافعي واستثنى ابن
القاسم من هذه الفتاوى التي تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس في هذه على رب الدار
ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس
يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه
وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

الجملة الثانية وهي النظر في الاحكام الطواريء الفصل الاول منه وهو النظر في
القسوخ فتقول ان الفقهاء اختلفوا في عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن
قوم انه عقد جائز تشبيهاً بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينسخ به فذهب
جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم الى انه لا ينسخ
الا بما ينسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو
حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعدر الطاريء على المستأجر مثل ان يكرى دكانا
يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أو فوا بالعقود) لان الكراء عقد
على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينسخ أصله البيع وعمدة أبي حنيفة
انه شبه ذهاب ما به تستوفي المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا
كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب
الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء المنافع لا يتعين في الاجارة وانه وان عين فذلك
كالوصف لا ينسخ بيعة أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان
يستأجر على رعاية غنم باعياها أو خياطة قبص بعينه فهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينسخ
العقد وعلى المستأجر ان يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قبص مثله ليخطه قال وقد قيل انها تتعين
بالتعين فيفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافاً في المذهب
وانما ذلك على قسمين ، أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما
لا تقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان

مما لا يقصد عينه لم يفسخ كالأجارة على رعاية الغنم باعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك واشتراط ابن القاسم في المدونة أنه إذا استأجر على غنم باعيانها فانه لا يجوز إلا أن يشترط الخلف هو التلفات منه إلى أنها تفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا إلى الفسخ رأى أنه من باب الفرر فلم يحز الكراء عليها إلا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم في هل يفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعني المكري أو المكترى فتال مالك والشافعي وأحمد واسحق وأبو ثور لا يفسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثوري والليث يفسخ وعنده من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعنده الحنفية أن الموت نقلة لا يصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة أعني أنه لا يجوز فلما كان لا يجمع العقدان معاً غلب منها انتقال الملك والابقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الإجماع وربما شبهوا الأجارة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع وانكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزأً فجزأً بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الأجارة فإن المستأجر يستوفي في ملك الوارث حتماً ووجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وإن مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعدموته والميت لا يثبت عليه دين بإجماع بعدموته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعند مالك أن أرض المطر إذا كريت فمنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم يثبت الزرع لمكان القحط أن الكراء يفسخ وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من أن يزرعها وسائر الجوائع التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء . وعنده أن الكراء الذي يتعلق بوقت ما أنه إن كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الزواجل في أيام الحج فعاب المكري عن ذلك الوقت أنه يفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصوداً فإنه لا يفسخ هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان فأما الكراء الذي يكون في الذمة فإنه لا يفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم يعتمد الكراء على عين بعينها وإنما اعتمد على موصوف في الذمة وفرع هذا الباب كثيرة وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

﴿ الفصل الثاني وهو النظر في الضمان ﴾

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي أو ما كان المصلحة وحفظ الاموال . فاما بالتعدي فيجب على المكرم باتفاق والخلاف انما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أولا يوجب في قدره فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكرى دابة الى موضع ما فتعدي بها الى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء فقال الشافعي وأحمد عليه الكراء الذي التزمه الى المسافة المشتركة ومثل كراء المسافة التي تعدي فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار في ان يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدي فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه في المسافة المتعداة ولا خلاف انها اذا تلفت في المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعي انه تعدي على المنفعة فلزمه أجره المثل أصله ان تعدي على سائر المنافع وأما مالك فكانه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى انه قد تعدي عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الاصول الشرعية والا قرب الى الاصول في هذه المسئلة هو قول الشافعي وعند مالك ان عتار الدابة لو كانت عثوراً تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعدا لا من جهة المصلحة فهم الصانع ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا أن يتعدي ما عدا حامل الطعام والطحان فان مال كاضمه ما هلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تدين الصانع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر أو بغير أجر ويتضمن الصانع قال علي وعمر وان كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشرىك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين ان يعملوا باجر أو لا يعملوا باجر فلان العامل بغير أجر انما قبض الممول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر

فالمنفعة لكلهما فغابت . منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه شذوذاً ولا جبراً عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذأ شهب فضمن الصانع ما قامت البيئة على هلا كه عندهم من غير تعد منهم ولا تقيط وهو شذوذ ولا خلاف أن الصانع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك إذا قامت البيئة على هلاك المصنوع وستتط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا إذا كان هلاكه بعد تمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجرة لهم وقال ابن المواز لهم الأجرة ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يحمي عمل الصانع باطلاً ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلته العمل فاشبه ذلك إذا هلك بتقريط من الأجير وقول المواز أقيس وقول ابن القاسم أكثر نظراً إلى المصلحة لأنه رأى أن يشتر كوافي المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان إلا من الموج وأصل مذهب مالك أن الصانع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمل في حانوته وإن كان صاحبه قاعداً معه إلا فيما كان فيه تعريض من الأعمال مثل ثياب الجواهر وتشم النقصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند القران والطيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدي فيضمن حينئذ . وأما الطيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضاً مسائل : فمنها أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها إذا ادعى الصانع رد ما استصنع ووافيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع

وعلى الصانع البيئة لانهم كانوا ضامنين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصانع ان كان مادفع اليهم دفع بغير بيئة وان كان دفع اليهم بيئة فلا يرعون الا بيئة واذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بمحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكري والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكري والمكترى أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضتهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو ان يكون في قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفاً وفسخ الكراء على أعظم المسافين فاجمل منه للمسافة ان ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن وانفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقداً ولم ينتقد لانه مدعى عليه وان اختلفا في الامرين جميعاً في المسافة والثمن مثل ان يقول رب الدابة قرطبة أكثرت منك الى قرمونة ديارين ويقول المكترى بل ديار الى اشبيلية فان كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفاً وتفاسخاً وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينتقد المكترى شيئاً كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك انه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم ديارين وان كان المكترى نقداً الثمن الذي يدعى انه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان

القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشئ منه اذ هو مدعى عليه في بعضه وهو قول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبهه الا أنه اذا لم يشبهه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة كلها فأيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب .

— * —

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الجمل ﴾

والجمل هو الأجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الخذاق والناشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين ، أحدهما ان لا يضرب لذلك أجلاً ، والثانى ان يكون الثمن معلوماً وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعى القولان وعمدة من أجازوه قوله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الأباق والسؤال وما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغر الذى فيه قياساً على سائر الأجازات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجمل لا يستحق شئ منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جمل أو أجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهبا إلى ان حكمها حكم الجمل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جمل وان لم يلجج فهو أجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحلّه وشروطه وأحكامه ومحلّه هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجمل ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجمل عليها وقلنا على حكم الجمل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجمل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجاعل بعمل المجهول من غير ان يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جمل

أو اجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجمل أولاً يجوز مثل اختلافهم في المجاعة على حفر الآبار وقالوا في المغارسة انها تشبه الجمل من جهة والبيع من جهة وهي عند مالك ان يعطى الرجل أرضه لرجل على ان يفرس فيه عدد آمن الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للفارس جزء من الارض متفق عليه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب القراض ﴾

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الفرق بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعدوان كان اختلفوا فيها هو تعدد ما ليس بتعدد وكذلك أجمعوا بالجملة على انه لا يقرن به شرط يزيد في جملة الربح أو في الفرر الذى فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدرهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم .

﴿ الباب الاول في محله ﴾

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها : وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدرهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى ليلى وحجة الجمهور ان رأس المال اذا كان عروضاً كان غرضاً لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما ويرده وهو يساوى قيمة غيره فيكون رأس المال والربح مجهولاً وأما ان كان رأس المال مابيه يباع العروض فان مالكا منعه والشافعى أيضاً وأجازه أبو حنيفة وعمدة مالك انه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع ان

ما يبيع به السلعة مجهول فكانه انما قارضه على رأس مال مجهول وبشبهه أن يكون أيضاً انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذي جوزها ابن أبي ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه انه يجوز ان يعطى الرجل ثوباً يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على ان يجعل أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب وبشبهه أيضاً ان جعل رأس المال الثمن ان يتهم المقارض في تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه اشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازها شبهها بالديارهم والدنانير لقلة اختلاف اسواقها واختلف أيضاً أصحاب مالك في القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم وأجازها اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يحجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه اما العلة عند مالك فخافة أن يكون اعسر بما له فهو يريد أن يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون الربا المنهى عنه وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة فان ما في الذمة لا يتحول وبعود أمانة واختلفوا في من امر رجلا ان يقبض ديناً له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يحجز ذلك مالك وأصحابه لانه رأى انه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لانه وكله على القبض لا أنه جعل القبض شرطاً في المصارفة فهذا هو القول في محله . وأما صفتة فهي الصفة التي قدمناها .

* (الباب الثاني في مسائل الشروط) *

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم الى غرر أو الى محملة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئاً زائداً غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولاً وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق بشرطه احدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا في التفصيل فمن ذلك

اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال الشافعي لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فالك رأى أنه احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعي رأى أنه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم واختلفوا في المقارض بشرط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين موضع ما للتجارة أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك الا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً ما من أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فالك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنساً ما من السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازد أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فمن لم يحزه رأى ان في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح فقال مالك في الموطأ لا يجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يحزه انه تعود حصمة العامل ورب المال بجهولة لانه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه ونسبها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعني على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الاربع العشر أو النصف الاربع العشر أو الرابع الاربع عشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكناً ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز

ان يشترط ذلك المقارض على رب المال في المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال قيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال اشهب من اصحاب مالك لا يجوز ذلك فمن أجاز ذلك شذبه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يحز ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثوري لا يجوز وللغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل يكون عنده مجهولا .

﴿ القول في أحكام القراض ﴾

والاحكام منها ما هي أحكام القراض الصحيح ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ما هي من موجبات العقد أعني أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طواري نظراً على العقد مما يمكن موجبته من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول إنه أجمع العلماء على أن الازوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه مالم بشرع العامل في القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم وان لم يكنوا أمناء كان لهم أن يأثروا بآمين . وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث ذلك ألزمه بعد اشروع في العمل لما فيه من ضروره من العقود الموروثه والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضاً فهل يكسبه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بنية المال بعد الذي هلك هل له ذلك أم لا . فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه ربح المال أو دفع رجل مالا قراضاً لرجل فهل منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضاً على الشرط المتقدم لم يحز حتى يفصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول . وقال ابن حبيب من اصحاب مالك إنه يلزمه

القول ويكون الباقي قراضاً وهذه المسئلة هي من أحكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلم ابوقت وجوب القسمة وهي من أحكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة أقوال . فقال الشافعي في أشهر أقواله لا نفقة له أصلاً إلا أن يأذن له رب المال . وقال قوم له نفقته وبه قال إبراهيم النخعي والحسن وهو أحد ما روى عن الشافعي . وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شيء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء إلا أن مالكاً قال إذا كان المال يحمل ذلك وقال الثوري ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً . وقال الليث يتغدى في المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له في المرض وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز أصله المنافع وحجة من أجاز له أن عليه العمل في المصدر الأول ومن أجاز له في الحضر تشبهاً بالسفر وأجمع علماء المصنف على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال وإن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها .

(القول في أحكام الطوارئ)

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع . وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري ما أخذ العامل يردده ويجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلاً إن كان هنالك واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما قبل أن ينتهه البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرط من المقارضة وإن شاء تبرأ عنها . وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل إلا أنه قال يكون رأس المال في ذلك القراض الثمين ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عيناً أعني ثمن تلك السلعة التي تلقت أولاً والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجاز أبو حنيفة على الإطلاق وأجاز الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتعابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه فكان رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا اعرف خلافاً بين فقهاء المصنف أنه إن تكرر العامل على

السلع الى بلد فاستغرق السكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض . فقال مالك ذلك لا يجوز . وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك انه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً فيها واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذا لم يأمر به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له أن يتصرف في عند القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الاحوال فمن رأى أن يتصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الاغلب لم يحزه ومن رأى انه مما يتصرف فيه الناس أجاز له واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ما عدا مال كاهوتعد ويضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع اليه فيوفيه حظه مما بقي من المال . وقال المزني عن الشافعي ليس له الا أجره مثله لانه عمل على فساد .

* (القول في حكم القراض الفاسد) *

واختلفوا على أن حكم القراض انقاسد فسخه ورد المال الى صاحبه من لم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيسه في واجب عمله على أقوال ، أحد هما أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب ، والثاني أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك وحكي عبد الوهاب انها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد الى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشروط الشرط على المقارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذي سمي له ان كان المقارض هو مشروط الشرط الذي يقتضى الزيادة التي من قبلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك ، والرابع أنه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشتراطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس بنفرد أحدهما عن صاحبه والى اجارة مثله في كل منفعة اشتراطها أحد المتقارضين خالصة لاشتراطها

مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الأكثر . قال ان فيها أجره المثل وفي بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس في تأويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدي رحمة الله عليه ومنهم من لم يعمل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه أجره المثل الا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة التراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى أجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك في المال شركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه فحلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشتري به الا بالدين فاشتري بالنقد أو على أن لا يشتري السلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشتري غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى علة واحدة والافهم واختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة اردادها أحدهما على الآخر رد الى أجره المثل والاشبه ان يكون الامر في هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شيء له .

في اختلاف المتقارضين * واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أنى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أنى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثوري وقال الشافعي يتحالفان ويتقاسخان ويكون له أجره مثله * وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب التمين على المدعي عليه هل ذلك لانه مدعي عليه أولانه في الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعي عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعي فمقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب .

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب المساقات ﴾

(القول فى المساقاة) اما أولاً فى جوازها والثانى فى معرفه الفساد والصحة فيها والثالث أحكامها .

﴿ القول فى جواز المساقاة ﴾ فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبى حنيفة وأحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلاً وعمدة الجمهور فى إجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : دفع الى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطرنجها خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض والثمره ومارواه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على ان التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار فى معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحفل ان يكون أقرهم على انهم عبيد ويحفل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا انا اذا أنزلناهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه يبيع مالم يخلق وأيضاً فانه من المزبنة وهو يبيع التمر بالثمر متفاضلاً لان القسمة بالخرص يبيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع ورر بما قالوا ان النهى الوارد عن الخبارة هو ما كان من هذا الفعل بخير والجمهور يرون ان الخبارة هى كراء الارض بيمض ما يخرج منها قالوا وما يدل على نسخ هذا الحديث أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضاً فى بعض

روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعني بما جاعل من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والتمر وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

﴿القول في صحة المساقاة﴾ والنظر في الصحة راجع إلى النظر في أركانها وفي وقتها وفي شروطها المشترطة في أركانها وأركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذي تنعقد عليه وصفة العمل الذي تنعقد عليه والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها .

﴿الركن الأول في محل المساقاة﴾ واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة إلا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الأصول غير الثابتة كالملقاني والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار فإنه أجازها فيه إذا ثبتت قبل أن تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة يتقدح فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك إلى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التي علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعي فأنما أجازها في الكرم من قبل أن الحكم في المساقاة هو بالخرص وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص في النخل والكرم وإن كان ذلك في الزكاة فكانه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره أن يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيبا كما تؤدى زكاة النخل تمر أو دفع داود حديث عتاب بن أسيد لأنه مرسل ولأنه اشترطه عبد الرحمن بن اسحق وليس بالقوى . واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع التمر هل يجوز أن تساق الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض فذهب إلى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبنا أبي حنيفة والليث وأحمد واثوري وابن أبي ليلى وجماعة وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة إلا في التمر فقط وأما مالك فقال إذا كانت الأرض تبعا للتمر وكان التمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجا منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فداونه أعني أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من التمر فداونه ولم يجز أن

بشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة اذادها عليه وقال الشافعي ذلك جائز وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً أعني على الارض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهي عن كراء الارض مما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبني على غير الاصول لان الاصول تقتضي انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة في البقل وإنما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقي فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقي بالماء هو الفعل الذي تنعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها

(الركن الثاني)

وأما الركن الذي هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والابار واختلقوا في الجذاذ على من هو في سدا الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال في الموطأ السنة في المساقاة التي تجوز لرب الحائط ان يشترطه سدا الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذا الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعي ليس عليه سدا الحظار لانه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الابار والسقي . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السواني والانهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعي هو على العامل الا أن مالك قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز . وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل في الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير في اصلاح الثمر وعمل له تأثير في اصلاحها والذي له تأثير في اصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فأما الذي له ليس له تأثير في اصلاح الثمر فلا بدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشيء اليسير منه . وأما له تأثير في اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفر بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يحني فيه الثمر . وأما له تأثير في اصلاح

النمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقي وزر السكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلقوا في شرط العامل ذلك على المساقى . فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة . وأما أن اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز . وقال الشافعي لا بأس بذلك وإن لم يكن في الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك . وقال محمد ابن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما يباحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجاز به رأى أن ذلك نافه ويسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسنت مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم لأن اشتراط المنفعة في ذلك أظهر وانما فرق محمد ابن الحسن لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على أنه ان كانت النفعة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لأنها اجارة بما لم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

* (الركن الثالث) *

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفق عليه من أجزاء النمر فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل ان ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة درهم أو دينار ولا شيأ من الأشياء الخارجة عن المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والاخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام في خير وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى في النمر لا تكون الا بالكيل وكذلك في الشركة وانها لا تجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالنمر وبيع الطعام بالطعام نسبة وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبهها بالعرية وبالخرص في الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا عليه

في ذلك ما جاء من الحرص في مساقاة خير من مرسل سميد بن المشيب وعطاء بن يسار .

* (الركن الرابع) *

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشروط في جواز المساقاة ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المحدد لدلتها . فأما الوقت المشروط في جواز عقدتها فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه أنها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدأ صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت قالوا وانما هي اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعهم أعنى عند الجمهور . وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة فان الجمهور على أنه يجوز أن يكون مجهولاً أعنى مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الفر رقياساً على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم ما أقركم الله وكره ما كره الله المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجدل بالاهلة . وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلفوا في ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لا تنعقد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون

* (القول في احكام الصحة) *

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقى أن يأثوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته . وقال الشافعي اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة . وقال الشافعي تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل . وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر واذا كان

العامل لصاً أو ظالماً لم يفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعي أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل . وقال الشافعي إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصاهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء وإذا اختلف رب المال والعامل في مآثر ما وقعت عليه المساقاة من الثمر . فقال مالك القول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبهه . وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لأنه مؤتمن ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها

(أحكام المساقاة الفاسدة)

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تنقث بالعمل واختلفوا إذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها ف قيل إنها ترد إلى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس إحدى الروايتين عن مالك وقيل إنها ترد إلى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد إلى مساقاة مثلها وفي بعضها إلى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك ف قيل في مذهبه أنها ترد إلى اجارة المثل إلا في أربع مسائل فإنها ترد إلى مساقاة مثلها ، أحداها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطمع ، والثانية إذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة ، والرابعة إذا ساقا في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل إن الأصل عنده في ذلك أن المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة ردها إلى اجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه ديناراً أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة إن كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وإن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساد من قبل الثمر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد إلى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه أن كان الشرط للمساقى أو أقل إن كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الشركة ﴾

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء المصارع على أربعة أنواع . شركة العنان . وشركة الأبدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وإن كان بعضهم لم يعرف هذا للفظ وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتي بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

(القول في شركة العنان)

وأركان هذه الشركة ثلاثة . الأول محلها من الأموال . والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

﴿ الركن الأول ﴾

فأما محل الشركة فمتن ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير والدراهم وإن كانت في الحقيقة بيعاً لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الإجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر وبالطعام الربوي إذا كان صنفاً واحداً فهنا ثلاث مسائل .

﴿ المسألة الأولى ﴾ فأما إذا اشتركا في صنفين من العروض أو في عروض ودراهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية إجماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع

جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لا تنعقد الشركة الا على أئمان العروض وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النسا مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياساً على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قولييه وهو المشهور بعدم المناجزة الذي يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالا جماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تقتصر الى الاستواء في القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة واختلقوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أولاً يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلط اما حساً واما حكماً مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما وقال الشافعي لا تصح الشركة حتى يخلطما لهما خلطاً لا يتميز به مال احدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فأبو حنيفة كثر في انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافعي اشترط الى هذين الاختلاط والفقهاء بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

﴿ فاما الركن الثاني ﴾ وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعاً لرؤس الاموال أعني ان كان أصل مالى الشركة متساو بين كان الربح بينهما بنصفين واختلقوا هل يجوز ان يختلف رؤس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعي

ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكأنه لو اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يجوز كذلك إذا اشترط جزأ من الربح خارجاً عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلاحاً عليه والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملاً فقط كان في الشركة أخرى أن يجعل للعمل جزء من المال إذا كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملاً فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلاً لفضل عمله على عمل صاحبه فإن الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك.

﴿ وأما الركن الثالث ﴾ الذي هو العمل فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجوز الشركة إلا أن يكون مالا هما متساويين التفاضل إلى العمل فأنهم يرون أن العمل في الغالب مستوفى إذا لم يكن المال بينهما على التساوي كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعني دراهم أو دنانير ثم يخلطانها حتى يصيرامالا واحداً لا يتميز على أن يبيعا ويشريا ماراً بآمن أنواع التجارة وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً للمشهور وعند الجمهور أنه ليس من شرط الشركة أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه.

« (القول في شركة المفاوضة) »

واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وإن كانا يختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعي لا يجوز ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال فإن الأرباح فروع ولا يجوز أن تكون القروع مشتركة إلا باشتراك أصولها وأما إذا اشترط كل واحد منهما بحال صاحبه في ملك نفسه فذلك من الفرر ومالا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده والشافعي يرى أن الشركة ليست

هي بيعاً ووكالة وأما أبو حنيفة فهو هاهنا على أصله في أنه لا يراعى في شركة العنان إلا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوي في رؤس الأموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لأحد هماً شيئاً إلا أن يدخل في الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين أعني تساوي المالكين وتعميم ملكهما .

(القول في شركة الابدان)

وشركة الابدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم إذا كان عمل كل واحد منهما مجهولاً عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الفاعلين في الغنمة وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من أن ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضاً فإن المضاربة إنما تعتمد على العمل فجاز أن تعتقد عليه الشركة وللشافعي أن المفاوضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنمة خارجاً عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة القرار الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل .

* (القول في شركة الوجوه) *

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعي أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر لأن كل واحد منهما معاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعتقد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تعتقد عليه الشركة .

(القول في أحكام الشركة الصحيحة)

وهي من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة أى لا أحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهي عقد غير موروث ونفقتهم ما وكسوتهم ما من مال الشركة اذا تقاربا في العيال ولم يخرجوا عن ثقة مثلما ويجوز لا أحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفاً يرى أنه نظر لهما . وأما من قصر في شيء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر اذ لم يشهد وله أن يقبل الشيء المعيب في الشراء واقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لا يجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

—*—

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

(كتاب الشفعة)

والنظر في الشفعة أولاً في قسمين * القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي اركانه * القسم الثاني في أحكامه .

(القسم الأول)

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث الثابتة وأركانها ، أربعة الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الاخذ بالشفعة

(الركن الأول)

وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة الى أن لا شفعة الا للشريك ما لم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فالولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا

بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضاً أن رسول الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصح ما روى في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب إلى إذا كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفاً وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في استناده توهيناً له وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ووجه استدلالهم من هذا الأمر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار وأيضاً فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث ابن رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبة وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذي وأبو داود عنه عليه السلام أنه قال: جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذي ومن طريق المعنى لهم أيضاً أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجوداً في الجار وجب أن يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه وأن من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

* (الركن الثاني) *

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع، أحدها مقصود وهو العقار من الدور والخوانيت والبساتين، والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبرز ومحال النخل مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه غير متمسوم، والثالث ما يتعلق بهذه كالتماز

وفيهما عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا وأما ما عدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصه الدار واختلف عنه في اكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين هل يكون الذي عليه الدين أحق به وكذلك الذي عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين ولم يختلفا في إيجابها في الكتابة لحرمه العتق وفقهاء الامصار أن لا شفعة الا في العقار فتطرح وحكى عن قوم ان الشفعة في كل شئ ما عدى المكيل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل وأجازها في العرصه والطريق ووافق الشافعي مالكا في العرصه وفي الطريق وفي البئر وخالفاه جميعا في الثمار وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه السلام: الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شئ فما خرج الترمذي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع في الشفعة في كل شئ ولان معنى ضرر الشراكة والجوار موجود في كل شئ وان كان في العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجري ما يتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روى : لا شفعة في بئر ومالك حمل هذا الاثر على آبار الصخاري التي تعمل في الارض الموات لا التي تكون في أرض مملوكة .

* (الركن الثالث) *

وأما المشفوع عليه فانهم انفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عنده من يرى الشفعة للجار واختلفوا فيما ينتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بم عوض كالبيع والصلح والمهر وارث الجنائيات وغير ذلك وبه قال الشافعي وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بم عوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ما عدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضي انها في المبيعات بل ذلك نص فيها لان في بعضها فلا بيع حتى يستأذن

شريكة . وأما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعي فلان هبة الثواب عند باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة وانفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري فتال الشافعي والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فعن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقاة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها في الاشراك وراها في الاجانب .

﴿ الركن الرابع في الاخذ بالشفعة ﴾

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكما يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأتي بضامن ملي وقال الشافعي الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والانتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثوري لا يأخذها الا بالتقديلا لها قد دخلت في ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقى في يد الذي باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعامضات مما ليس ببيع فالماوم عنهم انه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى في خلع واما ان يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء محدودا القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقولة فانه يأخذه ببدية الموضحة أو المنقولة . وأما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر فاما ان كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف في ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع . وأما اذا كان المشفوع عليه

واحد أو الشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثاني اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لأنهم أهل سهم واحد وبعضهم لأنهم عصبية .

(فاما المسئلة الاولى)

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعي وجهور أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يتسهمونه بينهم على قدر حصصهم فن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلاً أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الا كبر وذو الحظ الا صغر وعمدة المدنين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على ممدار الاصل أصله الا كرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضاً فان الشفعة إنما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوى في ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك ور بما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعني حظ من لم يعتق

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ فان الفقهاء اختلفوا في دخول الاشراك الذين هم عصبية في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وانه لا يدخل ذو والعصبية في الشفعة أهل السهام المقدرة ويدخل ذو السهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم يبيع البنت الواحدة حفظها فان البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته اختها فقط دون ابني العم وان باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعي في أحد قوليه يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على

ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى وبه قال الغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يقصص ذوى سهم من عصبية ومن خصص ذوى السهام من العصبية فلانه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى السهام وبين العصبية فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهام على العصبية ولم يدخل العصبية على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهام اقدم من العصبية . وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر فارد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فقال ابن القاسم إما ان يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى له ان يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب . فاما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فارد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فان أبا حنيفة منع ذلك وجوز الشافعى . وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقي فى البيوع فالجمهور على ان للمشتري ان يقول للشريك إما ان تشفع فى الجميع أو تترك وانه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشتري على ذلك وانه ليس له ان يبيع الشفعة على المشتري ان لم يرض ببيع بعضها وقال أصبغ من أصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقا للمشتري لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف فى مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً فأراد الحاضر ان يأخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك وانفقوا على ان من شرط الاخذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلقوا هل من شرطها ان تكون موجودة فى حال البيع وان تكون ثابتة قبل البيع . فأما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكاً فى حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكاً فروى أشهب ان قول مالك اختلف فى ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه فى أثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيع حظه .

واما المسئلة الثانية فتصورتها ان يستحق انسان شقصاً فى أرض قد بيع منها قبل

وقت الاستحقاق شقص ما هل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له
الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له
الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى انه لا يأخذ الغلة من المشتري
فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان . وأما من
يأخذ وهو له الشفعة فان الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فاما الغائب فاجمع العلماء
على ان الغائب على شفيعته ما لم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط
شفيعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
من حديث جابر انه قال: الجار أحق بصقبة أو قال بشفيعته ينتظر بها اذا كان غائباً وأيضاً فان
الغائب في الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة المقرر الثاني ان سكوته مع
العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها . وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب
الشفعة له فقال الشافعي وأبو حنيفة هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم
وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفيعته الا أن أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى
وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل
هو محدود أم لا فرة قال هو غير محدود وانها لا تنتقطع أبداً الا ان يحدث المبتاع بناء أو تغييراً
كثيراً بعمرته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حددها الوقت فروى عنه السنة وهو الا شهر
وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الا عوام لا تنتقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما
روى أنه عليه الصلاة والسلام: قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعي ان أمدها
ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتقد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم
ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على اسقاطه وكان هذا أشبه باصول الشافعي لان عنده
أنه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه
فيما أحسب اعتمد الاثر فهذا هو القول في اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول
في الاحكام .

﴿ القسم الثاني ﴾

﴿ القول في أحكام الشفعة ﴾ وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف
بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى انه

لا يورث كما انه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل المجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشتري وقال ابن أبي ليلى هي على البائع وعمدة مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر ان الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطررها على البيع فسخها وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى انها بيع ومن رأى انها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشتري بناء أو غرساً أو ما يشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفيعته فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وأبو حنيفة هو متعدد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعاً أو يأخذه بنقصه * والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبهة الاستحقاق لم يكن له ان يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبهة التعدي قال له ان يأخذه بنقصه أو يعطيه قيمته منقوضاً ومنها اختلاف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وحالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه متداراً من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا أتى بما يشبه باليمين فان أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري باليمين وفيما لا يشبه باليمين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل اذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا اذا أتى كل واحد منهما بينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معاً ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشتري مع عينه وقال أشهب البينة بينة المشتري لانها زادت عليها .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب القسمة ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « وإذا حضر القسمة أولوا القربى » وقوله « مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيمادار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيمادار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام * والنظر في هذا الكتاب . في القاسم ، والمقسوم عليه ، والقسمة * والنظر في القسمة في أبواب . الباب الأول في أنواع القسمة ، الثاني في تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعني ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها أعني فيما يقبل القسمة . الثالث في معرفة أحكامها .

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في القسمة ينقسم أولاً إلى قسمين . قسمة رقاب الاموال . والثاني منافع الرقاب .

(القسم الأول من هذا الباب)

فاما قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن فتقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام . قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مرضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مرضاة بغير تقويم ولا تعديل . واما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثاني)

واما الرقاب فانها تنقسم إلى ثلاثة أقسام * ما لا ينقل ولا يحول وهي الرابع والاصول * وما ينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض واما مكيل أو موزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول . الأول في الرابع . والثاني في العروض . والثالث في المكيل والموزون .

(الفصل الاول)

فاما الرابع والاصول فيجوز ان تقسم بالتراضي وبالسهمه اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتهاقا مجملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والقسمه لا تخلوا أن تكون في محل واحد او في محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالا تقسام ويجوز الشراكه على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصبر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول ابى حنيفة والشافعي وعمدتهم في ذلك قوله تعالى « مما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا » وقال ابن القاسم لا يقسم الا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخله عليه في الانتفاع من قبل القسمة وان كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك او كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصبر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار في حظ بعضهم ما ينتفع به وفي حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبر واعلى ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل او الكثير وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقان ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى « مما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا » ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه : لا تعضية على اهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة يقول لا قسمة بينهم وأما اذا كانت الرابع أكثر من واحد فانها لا تخلو أيضا ان تكون من نوع واحد او مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة الانواع فان فقهاء الامصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمه وقال ابو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه اقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثاني ان كل عقار قائم بنفسه لانه يتعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال . واما اذا كانت الرابع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها

حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع في القسمة بالسهم ومن شرط قسمة الحوائط
 المثمرة ان لا تنقسم مع الثمرة اذ ابدأ صلاحها باتفاق في المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على
 رؤس الثمر وذلك مزبنة . واما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين اصحاب مالك
 اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الا بار بحال من الاحوال ويعتدل لذلك لانه يؤدي الى بيع
 طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا
 نقد او امان كان بعد الا بار فانه لا يجوز عنده الا بشرط ان يشترط أحدهما على الآخر
 ان ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة وما لم يدخل في نصيبه فهو فيه على الشركة
 والعلة في ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الا بار ولا يجوز قبل الا بار فكان
 أحدهما المشتري حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من
 الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمر وصيغة القسم بالفرعة ان تقسم القر بضعة وتحقق
 وتضرب ان كان في سهامها كسر الى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل
 نوع من غراسها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فر بما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء
 من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت
 في بطائق اسماء الاشراك واسماء الجهات فن خرج اسمه في جهة أخذ منها وقيل يرمى بالاسماء
 في الجهات فن خرج اسمه في جهة أخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى
 يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب والسهم انما جعلها الفقهاء في القسمة تطيباً
 لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من
 المدحضين) وقوله (وما كنتم لدنهم اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الاثر الثابت
 الذي جاء فيه أن رجلاً اعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم
 فاعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم
 وتعديل فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم في
 البيوع .

* (الفصل الثاني في العروض) *

وأما الحيوان والعروض فانفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في
 ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريك في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على
 الشيعاء وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما

أن يأخذه بالقيمة التي اعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لان الاصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع وحجة مالك ان في ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع انه ليس بقول به أحد من فقهاء الامصار الا مالك ولكنه كالضروري في بعض الاشياء . واما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمه فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تميز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمه من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا تجوز تسليم بعضه في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب مرة أجاز القسم بالسهمه فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمه أخف من السلم ومرة منع القسمه فيما منع فيه السلم وقد قيل أن مذهبه أن القسمه في ذلك أخف وان مسائله التي يظن من قبلها أن القسمه عنده أشد من السلم قبل التأويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع في القسمه ما تقارب من الصنفين مثل الخبز والحرير والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمه بالسهمه مع التراضي وذلك ضعيف لان الفرر لا يجوز بالتراضي .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمي والمكيل أيضاً لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائد أو أن كان صنفاً واحداً فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالمكيل أو الوزن اذا دعا الى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالمكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافاً بغير كيل ولا وزن . وأما ان كانت قسمته تحرياً فقيس لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحرياً وأما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالمكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيل مجهول لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لان أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير . وأما ان كان مما يجوز

فيمالتماضى فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالكيل المعروف أو الصنعة المعروفة أعنى على جهة الجمع وإن كلاً صنفين وهذا الجواز كله فى المذهب على جهة الرضا. وأما فى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الاعلى حدة وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالكيل المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب

(القول فى القيسم الثانى وهو قسمة المنافع)

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباه ولا تكون القرعة على قسمة المنافع ومذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمهاياة وذلك إما بالازمان وإما بالاعيان أما قسمة المنافع بالازمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه. وأما قسم الاعيان بأن يقسم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفى المذهب فى قسمة المنافع بالزمان اختلاف فى تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وتجوز راحة الارض وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول أولاً ينقل ولا يحول فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه فى المدة الكثيرة ويجوز فى المدة اليسيرة وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز فى المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقيم اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد وأما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الايام وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلاً وأما التهاى فى الاعيان بأن يستعمل هذا داراً مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء الا فى الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهاى بالازمان وكذلك القول فى استخدام العبد والبواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقي من هذا الكتاب القول فى الاحكام.

(القول في الأحكام)

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمعتقلمعين تقضيها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب القسمة إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب إلا على قياس من يرى له تأثير في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة . وأما الرد بالعيب فإنه لا يتخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله فإن وجد في جل نصيبه فإنه لا يتخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت فإن كان قد فات رد الواجب للعيب من نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وإن كان لم يفت أفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يديه وإن كان قائماً بالعيب وقال أشهب والذي يفت الرد قد تقدم في كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لأن التي بالتراضي هي بيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق وإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكاً في يديه وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه وإن كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد إذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيمثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرأ الوصية أو طرأ وارث فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما إن طرأ الذين قيل في المشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم أن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضاً إن القسمة انما تنتقض بيد من بقي في يده حظ ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه شيء من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله تعالى . (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطى منه ما ينوبه من الدين وهكذا الحكم في طرأ الوصي

له على الورثة . وأما طر والوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلاً أو موزوناً وان كان حيواناً أو عروضاً انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه قليل يضمن وقيل لا يضمن .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب الرهن)

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى . ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفي الاحكام والاركان هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشئ الذي فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

(الركن الاول)

فاما الراهن فلا خلاف أن من صفته ان يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى برهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سداداً ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعي برهن لمصلحة ظاهرة و برهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن في مال أسلفه لم يجز وبه قال الشافعي واتفق مالك والشافعي على أن المقلس لا يجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم أم لا يلزم قال مشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل ان يفلس والخلاف آيل الى هل المقلس محجور عليه أم لا وكل من صح ان يكون راهناً صح ان يكون مرتهناً

(الركن الثاني)

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط ، الاول ان يكون عيناً فانه لا يجوز ان برهن الدين ، الثاني أن لا يتمتع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يحيزرهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبني على البيع ، الثالث ان تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرهن مالا بجل يبعه في وقت الارتهان كالزراع والتمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في اداء الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعي

قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدرهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن ان يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعاراً واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بنصب ثم اقره المفضوب منه في يده رهناً فقال مالك بصح ان ينقل الشيء المفضوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المفضوب منه الشيء المفضوب رهناً في يدها غاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا ان يقبضه واختلفوا في رهن المشاع فمنعه أبو حنيفة وأجاز مالك والشافعي والسبب في الخلاف هل يمكن حيازة المشاع أم لا يمكن

(الركن الثالث)

وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن في جميع الايمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة أعني في المسلم فيه وهو لا يذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال في أول الآية «يا أيها الذين آمنوا اذا تدانيتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» ثم قال «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة» فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنائيات في الاموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالأمومة والجائفة . وأما قتل العمد والجراح التي يقاتلها فيخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها اذا عفا الولي قولان ، أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود ، والقول الثاني أن ذلك لا يجوز وذلك أيضاً مبني على أن ليس للولي الا القود فقط اذا أتى الجاني من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيها لا يضمن ويجوز أخذها في الاجارات ويجوز في العمل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا ينصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له

شرائط ثلاث ، أحدها أن يكون ديناً فإنه لا يرهن في حين ، والثاني أن يكون واجباً فإنه لا يرهن قبل الوجوب مثل أن يستقر منه بما يستقر فيه ويجوز ذلك عند مالك وهو الثالث أن لا يكون لزومه متوقفاً بأن يجب وإن لا يجب كالرهن في الكفاية وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

﴿ القول في الشرط ﴾

وأما شرط الرهن فالشرط المنطوق بها في الشرع ضربان شرط صحة وشرط فساد فأما شرط الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونه رهناً فشرطان ، أحدهما مضي عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض ، والثاني مختلف في لشرائط فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى «فرهان مقبوضة» واختلفوا هل هو شرط عام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالمقد ويحجر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخي المرتهن عن المطالبة حتى يفسد الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى «فرهان مقبوضة» وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن إلا أن لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى «ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة» ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يد عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد إلى يد الراهن باذن المرتهن بعارية أو ودعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى «فرهان مقبوضة» وجود القبض واستدامته والشافعي يقول إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك إمارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحة العقد أن يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدامة وانفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور إلى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضر لقوله تعالى «وإن كنتم على سفر» الآية وتعمد الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم

المختص بالنظر فهو ان يرهني الرجل رهناً على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فافهموا
على أن هذا الشرط يوجب التمسك وأنه معنى قوله عليه السلام: لا يعلق الرهن .

(القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحتكام)

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتحن في
الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك إما من نفس العقد وإما لأمور طارئة على
الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الألبان والافاق . اما حق المرتحن
في الرهن فهو ان يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يأت به عند أجل كان له ان يرفعه الى
السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يحج به الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائباً وان
وكل الراهن المرتحن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الأمر الى
السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بحملة الحق المرهون فيه وبعضه أعني انه اذا رهنه في عدد
ما فادى منه بعضه فان الرهن بأسره يبقى بعد بيد المرتحن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى
من الرهن بيد المرتحن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب أن يكون
محبوساً بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت والحجة
الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابتاعه محبوساً بابتاعه أصله الكفالة

(ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة في
الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم الى ان نماء الرهن
المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن أعني الذي يحدث منه في يد المرتحن ومن قال بهذا القول
الشافعي وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل في الرهن ومن قال بهذا القول أبو حنيفة
والثوري وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل في
الرهن كولد الجارية مع الجارية . وأما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل في الرهن كان متولداً
عنه كثمر النخل أو غير متولد ككواء الدار وخراج القلām وعمدة من رأى أن نماء الرهن
وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام: الرهن محلوب ومن كذب قالوا وجه الدليل من
ذلك أنه لم يرد بقوله من كذب ومحلوب أي يركبه الراهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض
وهذا مناقض لكونه رهناً فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضاً ان يكون معناه
أن المرتحن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى في ذلك ان أجرة ظهره لربه وثقتة عليه

واستدلوا أيضاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا
ولانه نساء زائد على ما رضىه رهناً فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة أى حنيفة ان
الفرع تابعة للاصول فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير
والكتابة. وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى هو تابع لها وفرق بين الثمر
والولد في ذلك بالسنة المفرقة في ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الاصل الا بالشرط وولد
الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا
كان الرهن حيواناً فللمرتهن ان يحلبه ويركبه بقدر ما يعلقه وينفق عليه وهو قول أحمد
واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : الرهن محلوب
ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن
أمانة وهو من الرهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ومن قال بهذا
القول الشافعي وأحمد وأبو نوري وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته
منه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور السكوفيين والذين قالوا بالضمان اقسامه واقسمين
فمنهم من رأى ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان
وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وأنه ان فضل للرهن شئ فوق دينه
أخذ من المرتهن وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه
مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلا كد وبين ما يغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما
يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ومن قال بهذا القول مالك والاوزاعي وعثمان البتي إلا أن
مالك يقول اذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضبيع ولا تهريط فانه لا يضمن
وقال الاوزاعي وعثمان البتي بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم وبقول مالك قال ابن
القاسم وبقول عثمان والاوزاعي قال أشهب وعمدة من جملة أمانة غير مضمون حديث سعيد
ابن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه له
غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الرهن
أمانته فأشبهه المودع عنده وقال المزني من أصحاب الشافعي محبجاً له قد قال مالك ومن تابعه ان
الحيوان وما ظهر هلا كد أمانة فوجب ان يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان ما زاد من
قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب ان يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة
والسلام عند مالك ومن قال بقوله : وعليه غرمه أى نفقته قالوا ذلك معنى قوله عليه الصلاة

والسلام: الرهن مر كوب ومحلوب أى أجرة ظهره لر به وحقته عليه . وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولو أقوله عليه الصلاة والسلام: له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعمدة من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بطلقه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفى الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا رهن فرساً من رجل فنفق في يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقتك . وأما هريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلتحق فيما يغاب عليه ولا تلتحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذى يذهب اليه مالك كثير اضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبي حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لا يجوز للرهن بيع الرهن ولا هبته وأنه ان باعه فللمرتن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً وأمة فأعتقها الرهن فمئذ مالك انه ان كان الرهن موسراً جاز عتقه وعجل للمرتن حقه وان كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال، الرد، والاجازة والثالث مثل قول مالك . وأما اختلاف الراهن والمرتن في قدر الحق الذى به وجب الرهن فن الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتن فيما ذكر من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فزاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الامصار القول فى قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتن مدعى فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان المرتن وان كان مدعياً فله ههنا شبهة بنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله ان يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشئ وقبضه أكثر من المرهون فيه . واما اذا تلف الرهن واختلفوا في صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على اصوله فان المرتن ايضاً هو الضامن فيما يغاب عليه . واما على اصول الشافعى فلا يتصور على المرتن يمين الا أن ينكره الراهن في تلفه . وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتن في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند

مالك يختلف على الصنفين فقوم تلك الصنفه واذا اختلفوا في الامر بين جميعاً أعني في صنفه الرهن
وفي مقدار الرهن كان القول قول الرهن في صنفه الرهن وفي الحق ما كانت قيمته الصنفه التي
عطف عليها شاهد قلمو فيه ضحى وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا في الحق واختلفا في
قيمة الرهن في المذهب فيسوقولان والا حيس الشهاده لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين
للمرهن وفروع هذا الباب كثير فوقيما ذكرناه كفاية في غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(ووصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب ، الباب الاول في اصناف الحججورين ، الثاني متى
يخرجون من الحجر ومتى يخرج عليهم وبأى شروط يخرجون ، الثالث في مقررته احكام
العلماء في الرد والاجازة .

﴿ الباب الاول ﴾

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى
إذا بلغوا النكاح » الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لا موانع
فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم
الحاكم وذلك اذا ثبت عندهم تبذيرهم وأعدوا اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن
الزبير وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق الى انه لا يبدأ الحجر على الكبار وهو قول
ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انتم هو اقدمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ
بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر ينسفر الحجر
عليهم وان ظهر منهم تبذير بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه ف هؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة
يحد في ارتجاع الحجر وان ظهر سفه خمسة وعشرين عاماً وعمد من أوجب على الكبار ابتداء
الحجر أن الحجر على الصغار انما يوجب للمعنى التبذير الذي يوجب تبذيرهم فالبأ فوجب ان يجب
الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم

مع ارتطاع الصغر إلى تناسل الرشد قال الله تعالى «فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم»
 فذلك هذا على أن المعجب المقتضى للحجر هو السفه وهمة الخفية كحديث حبان بن محمد إذ
 ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يجد في البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه
 وسلم الخيار فلا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع الانصراف بالمال بدليل
 تأثيره في استقاط التكليف وإنما اعتبر الصغر لأنه الذي يوجب فيه السفه غالباً كما يوجب فيه
 نقص العقل غالباً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد إذا كانا يوجدان
 فيه غالباً أعني للعقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف أعني أن يكون قبل البلوغ ما قلنا
 في كاف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سقياً فيحجر عليه كما لم يعتبر
 كونه قبل البلوغ رشيداً قالوا وقوله تعالى «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم» الآية ليس فيها
 أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب قسح بيوعهم وإبطالها والحجورون عند مالك
 ستة الصغار والسفيه والعبد والمطس والمريض والزوجة وسبأني ذكر كل واحد منهم في
 بابيه .

(الباب الثاني)

والذي نظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجر ووقت خروج السفهاء
 فتقول إن الصغار بالبلوغ صنفان ذكر وإناث وكل واحد من هؤلاء إما فو أب وإما ذو
 وصى وإما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار فوالآباء
 فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإناث الرشد منهم وإن كانوا
 قد اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى «وابتعلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن
 آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم» واختلفوا في الإناث فذهب الجمهور إلى أن حكمهن في
 ذلك حكم الذكور أعني بلوغ الحيض وإناث الرشد وقال مالك هي في ولاية أمها في المشهور
 عنه حتى تزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور
 ولا محاب مالكة في هذا أقوال غير هذه قيل إنها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعده خول زوجها
 بها وقيل حتى تمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالكة أن إناث الرشد لا يتصور
 من المرأة إلا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضميمة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها
 للنص فإنهم لم يشترطوا الرشد . وأما مخالفتها للقياس فلأن الرشد ممكن تصور منها قبل هذه

المدة المحدودة وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور ذوى
 الألباع البلوغ وإيناس الرشد فاختلف قول مالك إذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول
 الحال قليل عنه أنه محمول على السفيه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه أنه محمول على
 الرشد حتى يتبين سفهه فأما ذوالأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا
 بإطلاق وصيه لمن الحجر أى يقول فيه أنه رشيد ان كان مقدما من قبل الأب بلا خلاف
 أو باذن القاضي مع الوصى ان كان مقدما من غير الأب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصي
 الأب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد إلا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحاله مع
 الأب يخرج من الحجر إذا آنس منه الرشد وان لم يخرج وصيه بالشهاد وان المجهول الحال
 في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الأب وأما ابن القاسم فذهب ان الولاية غير معتبر بثبوتها
 اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهى رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر
 والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج
 من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . واما اختلافهم في الرشد ما هو
 فان ما لكبرى ان الرشد هو تمييز المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا اصلاح
 الدين * وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى
 كحال الذكرا لا يخرج من الولاية إلا بالاخراج ما لم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها
 مع الوصى كحالها مع الأب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم أنه لا يعتبر فيها الرشد
 كاختلافهم في اليتيم . وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان أفعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان
 سفها متصلا السفه أو غير متصل السفه معلنا به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله
 اذا وقع فان كان رشداً جاز والارده فأما النتيجة التي لأب لها ولا وصى فان فيها في المذهب
 قولين ، أحدهما ان أفعالها جائزة اذا بلغت الحيض ، والثانى ان أفعالها مردودة ما لم
 تعنس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر في هذا الباب في شيئين ، أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال
 واذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والاجازة وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم
 من غير أب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا أما صغار واما كبار متصلوا الحجر من الصغر واما مبتدأ
 حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا الحيض من النساء فلا خلاف في المذهب

في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي فإن أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظره وليه إن كان له ولي فإن رآه رشداً أجاز له والابطله وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك وإن عمل في ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في الإجازة والرد واختلف إذا كان فعله سداداً ونظر أفيما كان يلزم الولي إن فعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحوالة الأسواق أو نعاء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور أن ذلك له وقيل إن ذلك ليس له ويلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر مما يؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحر يته في صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لا يلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور أنه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الأب والوصي كالدكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها قأماً السفية البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالها مضى طلاقه وخلعه إلا ابن أبي ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال أنه ينفذ وقال الجمهور أنه لا ينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في تنوذه ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها ما لها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بعوض فهو أيضاً موقوف على نظره وليه إن كان له ولي فإن لم يكن له ولي قدم له فإن رديعه الولي وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء وكذلك إن أتلف عين المبيع وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال . فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وإن كان فيها ما هو رشده . ومنهم ضدها وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشده وإن ظهر فيها ما هو سفيه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه ما لم يتبين رشده وعكس هذا أيضاً وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشده حتى يتبين سفيه فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ والبكر ذات الأب والوصي ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف في حده اختلافًا كثيراً من دون الثلاثين إلى الستين والذي يحكم له بحكم الرشده وإن علم سفيه . فمنها السفية إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافاً لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشده لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهمة على مذهب

سجنونذره. وأما الذي يحكم عليه بحكم السفه المظهر رشده فلا ين بعد بلوغه في حياة أبيه على
المشهور في المذهب وحال النكر ذات الاب التي لا وصى لها فان زوجته ودخل بها زوجها
ملم يظهر رشدها ولم تبلغ الحد المصغر في ذلك من السنين عنده من معتبر ذلك وكذلك النتيجة التي
لا وصى لها على مذهب من يرى ان افعالها من دودة واما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشده
حتى تبين السفه فتصل حال النكر المعنى عنده من معتبر التفتيش او التي دخل بها زوجها ولم يرض
لدخولها الحد المعبر من السنين عنده من معتبر الحد وكذلك حال الابن ذي الانب اذا بلغ وجهته
حالة على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التي لا يعتبر فيها دخولها مع
زوجها فبذلك هي محل ملفي هذا الكتاب والفروع كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

(كتاب التفليس)

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفليس وفي أحكام الفليس (فنقول) إن الإفلاس في الشرع
يطلق على معنيين ، أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وقاء ديونه ،
والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلاً وفي كلا الفيلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما فاما
الحالة الاولى وهي اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم
أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم
أم ليس له ذلك بل يحبس حتى يدفع اليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أول من اتفق منهم وهذا
الخلاف بعينه يتصور فمين كان له مال بنى بدينه فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم
فيقسمه عليهم أم يحبس حتى يعطيهم بيده ما عليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه
فينصف منه غرماءه أو غريمه ان كان ملياً أو يحكم عليه بالإفلاس ان لم يبق ماله ديونه ويحجر
عليه التصرف فيه وبه قال مالك والشافعي والقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل
العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله وحديث أبي سعيد الخدري أن رجلاً
أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمرات عاها فكثر دينه فقال رسول الله صلى

الله عليه وسلم : تصدقوا عليه فتصدق القاس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بيته فقال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتموه ليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل
 الفليس في حبسه وقوله فيه . أما بعد أيها الناس قلنا لا ينبغي أن يبيع جبهة رضى من دينه
 وأما تسميته بلان يقال سبق الخلاج وأنه إذا كان مريضاً فأصبح قد برى بن عليه فمن كان له عليه دين
 فليأتنا وأنصأ من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض محجوراً عليه لم يكن ورثته فأحوى أنه
 يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لأنه أعيد والله أعلم وأما حجج
 الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوساً فيبيع القاضي جنته عليه
 ماله ويقسمه على الغرماء . فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبو مباحيد وعليه دين
 فلما طلبه الغرماء قال جابر فأنيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فساألهم أن قبلوا مني حائطي
 ويحللوا أبي فأبوا . فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال ولكن سبأ غمدو
 عليك قل فقد اعلىنا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقصيت
 منها حقوقهم وبقى من ثمرها بقية وعمار روى أيضاً أنه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة
 آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه قالوا فهدده
 الا تار كلاما ليس فيها أنه يبيع فيها أصل في دين قالوا ويبدل على حبسه قوله صلى الله عليه
 وسلم لي الواجد بحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق
 اصول العقار عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان الفليس محجور عليه فالنظر فيما إذا يجبر عليه
 وبأي ديون تكون المحاصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة وكيف تكون
 فاما الفليس فله حالان حال في وقت الفليس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا
 يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان ممالاً يلزمه ومما لا تجرى العادة
 بفعله وانما اشترط اذا كان ممالاً يلزمه لان له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض
 كتفقته على الاباء المعسرين أو الابناء وانما قيل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير
 من ماله بغير عوض كالاخمية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في
 اتفاهه في عوض كالزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه واتباعه ما لم تكن فيه محالبة
 وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يمتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون
 بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على الفليس فقالوا هو قبل الحكم ككثير الناس
 وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الاعمال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى

نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوز له المحجور عليه واما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا اخذ ولا عطاء ولا يجوز اقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد قيل الا أن يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أو لا تكون فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك الى أن التفليس في ذلك كالموت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجمهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجته ان الله تبارك وتعالى لم يبيع التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين اما أن لا يريدوا ان يؤخروا حقوقهم في الموارث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذمهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك يحسن في حق ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحملة في ذمهم اقيت الديون الى أجلها ومن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبهه الفلاس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجي الملاء لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبالة الغريم على المفلس فان دينه في ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف في ذلك فتماء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو نور والقول الثاني ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يخاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة

وأهل الكوفة والأصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجته مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لما لك فمن هؤلاء من حملة على عمومهم وهو الفريق الأول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا إن معتوله أعما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما في ذلك أن يأخذ الثمن الذي باعها به قاماً أن يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من غيرها فذلك مخالف لأصول الشرع وبخاصة إذا كان للغرماء أخذها بائناً كما قال مالك . وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بحملته لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنوناً والأصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لنندع كتاب الله وسنة نبيها لحديث امرأة رور وواعن على أنه قضى بالسلمة للمفلس وهو رأي ابن سيرين وإبراهيم من التابعين وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أعمار رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لأنه موافق للأصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الودعة والعارية إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وإن شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته . وقال الشافعي بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحاق وأحمد إن قبض من الثمن شيئاً فهو أسوة الغرماء وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أعمار رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجد به عينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فإن كان قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشتري بعضها إن البائع أحق بالمقدار

الذي أدرك من سلعته الا عطاء فانه قال اذا فوت المشتري بعضها كان البائع اسوة الغرماء
واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفليس أم لا فقال مالك هو في الموت اسوة
الغرماء بخلاف الفليس . وقال الشافعي الامر في ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن
ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضاً من جهة النظر ان فرقاً بين الذمة في الفليس
والموت وذلك أن الفليس يمكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماءه بما بقي عليه وذلك غير متصور
في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم : إنا رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية
بين الموت والفليس قال وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب لان حديث
ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه للمالك الا بعد أداء
ما عليه فأشبهه مال الفليس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على
حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث
المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعني أن القياس الموافق لحديث
الشافعي هو قياس شبهه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرج عبد الرزاق
فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضاً فإن الاصل يشهد لقول مالك
في الموت أعني ان من باع شيئاً فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعي
انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف
مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند الفليس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً
يفرسها أو عرصة يبنها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك
الغرماء . وقال الشافعي بل يخير البائع بين ان يعطي قيمة ما أحدث المشتري في سلعته
ويأخذها أو أن يأخذ اصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتاً مما لا يكون
فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم
به أحق من سائر الغرماء في الموت والفليس او في الفليس دون الموت أن الاشياء المبيعة
بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين يختلف فيه هل يتعين فيه ام لا وعمل
لا يتعين فاما العرض فان كان في يده لم يسلمه حتى افلس المشتري فهو أحق به في الموت
والفليس وهذا لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشتري ثم افلس وهو قائم بيده فهو
أحق به من الغرماء في الفليس دون الموت ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن . وقال الشافعي

ليس لهم وقال اشهب لا ياخذونها الا بزيادة يحطونها عن الفلوس . وقال ابن الماجشون ان شأوا كان الثمن من اموالهم او من مال الغريم . وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم . وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضاً والفلوس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلوس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقليل انه أحق به كالعروض في الفلوس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاربان على الاختلاف في تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلوس وأما عمل الذي لا يتعين فان اقلس المستأجر قيل أن يستوفي عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله في الموت والفلوس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلوس وان كان فلسه بعد أن استوفي عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التي شارطه عليها في الفلوس والموت جميعاً على أظهر الاقوال الا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلوس جميعاً لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلوس دون الموت وكذلك الامر عنده في فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلوس جميعاً وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلوس وأحق بسلعته لقاومة الخارجة عن يده في الفلوس دون الموت وانه اسوة الغرماء في سلعته اذا فانت وعندما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون هو أحق بها في الموت والفلوس ومرة يشبهونه بالتي خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق بها في الفلوس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فانت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المتاع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء فيما أحسب افرده مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الوضع المتعارق للاصول بضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انقذ هنالك قياس علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلوس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما

تبيع بما في يده لا في رقبته ثم ان اعتق اتبع بما بقي عليه ورأى قوم انه يباع ورأى قوم ان
الفرما ونحوه بين يبعه وبين أن يسعى فيما بقي عليه من الدين وبه قال شريح وقالت طائفة
بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا يبيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في
يده فاشبه الحر والذين رأوا يبعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يحبس وأما الذين رأوا الرجوع على
السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ما له بمال السيد اذ كان له انتزاعه * فبسبب الخلاف
هو تعارض أقبيسة الشبه في هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باي يبدأ
هل يدين العبد ام يدين المولى فالجمهور يقولون يدين العبد لان الذين دابنوا العبد انما فعلوا
ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال والذين دابنوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى
البعد بالمولى قال لان مال العبد هو في الحقيقة للمولى * فبسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن
يكون حكمه حكم مال الأجنبي أو حكم مال السيد وما قد رما يترك للمفلس من ماله فقيل في
المذهب يترك له ما يعيش به هو وأهله ولده الصغار الا يتم وقال في الواضحة والعينية الشهر
ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك في كسوة زوجته اكونها هل تحب لها بم عوض
مقبوض وهو الا تنفاج بها أو بغير عوض وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته وروى
ابن نافع عن مالك انه لا يترك الا ما يواريه وبه قال ابن كنانة واختلفوا في بيع كتب العلم
عليه على قولين وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الدين
التي يحاص بها من الدين التي لا يحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدهما
أن تكون واجبة عن عوض والثاني أن تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض
فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض
وسواء كانت مالا أو اوارش جناية فلا خلاف في المذهب ان محاصة الفرما بها واجبة وأما ما
كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام * أحدها ان لا يمكنه دفع الموضع
بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة * والثاني ان لا يمكنه دفع الموضع ولكن يمكنه دفع
ما يستوفي فيه مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد أو يكون العرف فيه التدد فقلس المكتري
قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء * والثالث أن يكون
دفع الموضع يمكنه و يلزمه كراء مال المسلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال *
والرابع ان يكون يمكنه دفع الموضع ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها فقلس المتاع قبل ان
يدفعها اليه البائع * والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع الموضع مثل ان يسلم الرجل الى

الرجل دفن في عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم كما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا خاصة في ذلك الا في مهوز الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه مثل المكتري فيلس قبل دفع الكراء فليل للمكري الخاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا الخاصة بما سكن و يأخذ اذ اردوا ان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره وما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عينا فليل بحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه فليل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين الخاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عينا وأما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن فيلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان ابى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيها وجد للغريم من مال وفي العروض التي عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شأوا أن يبيعوها بالتقدي ويتحاصصوا فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالزام كالهبات والصدقات فلا خاصة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والابناء فقها قولان، أحدهما ان الخاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثاني انها تجب بها اذا ألزمت بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة اذ كان لا يقتضي في الديون الا ما هو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شيء يجوزوا واختلفوا من هذا الباب في فرع طارى وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماحشون مصيبته من الغرماء اذا وقعه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله عن مالك. وفرق أصبهغ بين الموت والمفلس فقال المصيبة في الموت من الغرماء وفي المفلس من المفلس فهذا هو القول في اصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يفي بدينه. وأما المفلس الذي لا مال له أصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير في اسقاط الدين

الى وقت مبسرة الا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز ان يؤاجروه وقال به أحمد من فقهاء
 الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى القلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين
 صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبي حنيفة ان
 لفرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس في الديون وان كان
 لم يأت في ذلك أثر صحيح لان ذلك أمر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من
 بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمى بالقياس المرسل
 وقدر وى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة خرجته فيها أحسب أبو داود
 والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه
 يرى أن للزوج حقاً فى المال وخالفه فى ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى
 هذا الكتاب .



(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

(كتاب الصلح)

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى « والصلح خير » وما روى عن النبي عليه السلام مرفوعاً
 وموقوفاً على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً واتفق
 المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة
 يجوز على الانكار وقال الشافعى لا يجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير
 عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف فى
 مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى فى صحته ما يراعى فى البيوع فيفسد بما
 تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى
 انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع
 الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه
 يراعى فيه من الصحة ما يراعى فى البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه
 عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لان المكر فيه من

الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه أخذ دنانير سيئة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي هبة مني وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لا نظارا لا تخراياه فيدخله أسلفني وأسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول ما فعلت انما هو تبرع مني وما كان يجب على شيء وهذا النحوم البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه أثر عقده فان طال مضى فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلف

• (بسم الله الرحمن الرحيم) •
 (وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)
 • (كتاب الكفالة) •

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها ولها أسماء كفالة وحالة وضمانة وزعامة فاما انواعها فتعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال اما الحمالة بالمال فتأبى بالسنة ومجمع عليها من الصدر الاول ومن فتها الامصار وحكى عن قوم انها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام: الزعيم غارم . واما الحمالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه فجمهور فتها الامصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعي في الجديد انها لا تجوز وبه قال داود وحجتها قوله تعالى (معاذ الله ان نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في الحدود وحجة من اجازها عموم قوله عليه السلام: الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وانه مروي عن الصدر الاول . واما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكى عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضرا او غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم الكفيل شيء وان مات غائبا نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها

احضاره في الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة فحرم غرمه والام
بغرم واختلقوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال ، القول الاول
انه يلزمه ان يحضره او بغرم وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة ، والقول الثاني انه يحبس
الحميل الى ان يأتي به او يعلم موته وهو قول ابى حنيفة واهل العراق ، والقول الثالث انه ليس
عليه الا ان يأتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على
احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وانكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك
قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا
القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة
مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب ور بما احتج لهم بما
روى عن ابن عباس ان رجلا سأل غريمه ان يؤدي اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى
حاكمه الى النبي عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا
فهذا غرم في الحالة المطلقة . واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس
فليس يجب ان يعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون
عند شروطهم فاعلم عليه ان يحضره او يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فاعلم عليه ان يحضر
المال او يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفرق الثالث انه انما يلزمه
احضاره اذا كان احضاره له ممكنا وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما اذا علم ان احضاره
له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن
الوجه فاعلم المال فهو احرى ان يكون مغرورا ومن ان يكون غاراً فاما اذا اشترط الوجه
دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما أحسب
لانه كان يكون قد ائتمن ضدهما اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه . واما حكم ضمان المال فان
الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون او غاب ان الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر
الضامن والمضمون وكلاهما موصوفان الشافعي وابو حنيفة واصحابهم والثوري والاوزاعي
واحمد واسحق للطالب ان يأخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في احد قوله ليس
له ان يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الحالة
والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه ويرى المضمون ولا يجوز ان يكون مال
واحد على اثنين وبه قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة ومن المحجة لما رأى ان الطالب يجوز له

مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً غنياً أو عرياناً حديث قبيصة بن الحنفية قال تجملت حمالة فانبت النبي صلى الله عليه وسلم فباليه عنها فقال يخرجها عنك من ابل الصدقة يا قبيصة ان المسئلة لا تحل الا في ثلاث وذكر رجل يحمل حمالة رجل حتى يؤذيها ووجه الدليل من هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمّل دون اعتبار حال المتحمّل عنه . وأما محل الكفالة فهي الاموال عند جمهور اهل العلم لقوله عليه السلام : الزعم غارم اعني كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت بالاموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي ما دون النصاب أو من غير ذلك . وروي عن ابى حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي اعني كفالة النفس . واما وقت وجوب الكفالة بالمال اعني مطالبة بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما باقرار وإما بينة . واما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شرحبيل القاضى والشعبي وبه قال سحنون من اصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهو لا ماختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والا لم يلزمه الكفيل الا ان يذكر بيته حاضرة في المصر فيعطيه حميلاً من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من اصحاب مالك وقال اهل العراق لا يؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا ان يدعى بيته حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم . الا انهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلاً حتى تثبت دعواه او تبطل وقدايكر والفرق في ذلك والفرق بين الذى يدعى البيته الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل على أحد الا بيته وذلك الى بيان صدق دعواه او ابطالها * . وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين المخصمين في ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن ان يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن ان تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرّق من فرق بين دعوى البيته الحاضرة والغائبة . وروي عن عراك بن مالك قال أقبل قهر من لا عراب معهم ظهر فصحبهم رجلاً فباتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أحد الرجلين اذهب واطلب وجلس الآخر فجاء به اذهب فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم لا أحد الرجلين استغفر لي فقال غفر الله لك قال وانت فقفر الله لك وقتلك في سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبني ذلك لانه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هناك شبهة لمكان صحبتهما لم فاما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لا اختلافهم في ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وقاء دينه فأجازه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز واستدل أبو حنيفة من قبل ان الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعاً وليس كذلك المفلس واستدل من رأى ان الضمان يلزمه بما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الاسلام لا يصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند أبي حنيفة . وأما شروط الكفالة فان أبا حنيفة والشافعى يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بأذنه ومالك لا يشترط ذلك ولا يجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه وأما ما تجوز فيه الحماة بالمال مما لا تجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة الا الكتابة وما لا تجوز فيه التأخير وما يستحق شيئاً فشيئاً مثل النفقات على الازواج وما شاكلها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام : مطل الغنى ظم وإذا أحيل أحدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر برضاهما معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن أنزل المحال عليه من المحال منزله من الحيل لم يعتبر رضاه معه كمالاً يعتبر معه الحيل اذا طلب منه حتمه ولم

يحل عليه أحد أو أمداد فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: وإذا أحيل أحدكم على ملي*
فليتبع والا مر على الوجوب وبقى المحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن
الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدر أو وصفاً إلا
أن منهم من أجازها في الذهب والدرهم فقط ومنعها في الطعام والذين منعوها في ذلك رأوا أنها
من باب بيع الطعام قبل أن يستوفي لانه باع الطعام الذي كان له على غيره بالطعام الذي كان
عليه وذلك قبل أن يستوفيه من غيره وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض
إذا كان دين المحال حالا . وأما ان كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان
حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين المحال به حالا ولم
يفرق بين ذلك الشافعي لانه كالبيع في ضمان المستقرض وانما رخص مالك في القرض لانه
يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفي . وأما أبو حنيفة فجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدرهم
وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدرهم والمسئلة مبنية على ان ما شذعن
الأصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة
شروط ، أحدها ان يكون دين المحال حالا لانه ان لم يكن حالا كان ديناً بدين ، والثاني ان يكون
الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة لانه اذا اختلفا في أحدهما كان
بيعاً ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله
الدين بالدين ، والشرط الثالث ان لا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين
المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما
على الآخر حلت الآجال أو لم تحل أو حل أحدهما ولم يحل الآخر لانه يدخله بيع الطعام قبل
أن يستوفي كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت
تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال اذا اختلفت وابتدل المحال في الدين الذي أحيل عليه
منزلة من أحاله ومنزلة في الدين الذي أحاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من
غيره اعني انه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحاله مع الذي أحاله
عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام
من قرض لم يجز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض في
طعام من سلم نزل منزلة المحيل في انه لا يجوز له بيع ما على غيره قبل ان يستوفيه لكونه طعاماً
من بيع وان كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلة مع من

إحالة اعني انه كمالهما كان يجوز له ان يبيع الطعام الذي كان على غريعه المحيل له قبل أن يستوفيه كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذي أحيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما الأحكام فان جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الجمالة في أنه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ . قال مالك واصحابه الا أن يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال ابو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلساً او جحدا لحوالة وان لم تكن له بيعة وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة * وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للجمالة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيه ثلاثة أبواب ، الباب الاول في أركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الموكل والموكل ، والثاني في أحكام الوكالة ، الثالث في مخالفة الموكل للتوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الركن الاول في التوكيل ﴾

واحقوا على وكالة الغائب والمرضى والمرأة المسكين لا موراقتهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر للصحيح . فقال مالك يجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا ان تكون برزة فمن رأى ان الاصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا ما دعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا يجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى ان الاصل هو الجواز قال الوكالة في كل شئ جائزة الا فيما اجمع على انه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

﴿ الركن الثاني في التوكيل ﴾

وشروط التوكيل أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشئ الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي

فلا مباشرة ولا بواسطة أي بيان توكل هي ممن على عقد النكاح ويجوز عند مالك بواسطة الذكر

﴿ الركن الثالث فيافية التوكيل ﴾

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنياية مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والقسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والجماعة والمساواة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعي في أحد قوله لا تجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن .

﴿ الركن الرابع ﴾

وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالاجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما قوله في أحكام هذا العقد وهي ضرر بان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك انه ان سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقل الشافعي لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وانما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذ كان الاصل فيها المنع الا ما وقع عليه الاجماع .

﴿ الباب الثاني في الاحكام ﴾

وأما الاحكام . فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة في خصومة وقل اصبح له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحالك حضوره عند مالك وقال الشافعي من شرطه . واختلف أصحاب مالك هل تنسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنسخ بالموت كما تنسخ بالعزل فمضى يكون الوكيل معزولا والوكالة منسوخة في حق من عامله في

المذهب فيه ثلاثة أقوال . انها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل ، والثاني انها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل . وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . أحدها اذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك عند مالك الاب والوصي ومنها اذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجوز له عند مالك ان يبيع الا بئنه مثله نقد أو نقد البلد ولا يجوز ان باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الامر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجوز اذا وكله في شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بئنه المثل نقد أو يشبه ان يكون أبو حنيفة انما فرق بين الوكيل على شراء شيء بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة براهها في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذا قد أنزله منزله وقول الجمهور أن كل ما يعتدي فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدي واذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال أبو حنيفة الى الوكيل اولاً ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل فقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى اذا أمره بئنه محدود وقد يكون في المأمون وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدي فاذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه بينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه بينة برى . ولم يلزم الوكيل شيء . وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقبل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك

فالقول قول الوكيل . وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشتري وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يحالقان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء . وأما اذا اختلفا في أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الآخر . وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو متعمد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور ان القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب اللقطة)

والنظر في اللقطة في جملتين ، الجملة الاولى في أركانها ، والثانية في أحكامها .

(الجملة الاولى)

والاركان ثلاثة ، الالتقاط ، والمتقط ، واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي وقال مالك وجماعة بکراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال احمد وذلك لامرين ، احدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال : ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضاً من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا اخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وان كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو خير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من احد الطرفين وهذا كله ما عدا لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها نهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضاً لا يجوز

التقاطها الا لمنشد لورود النص في ذلك والمروى في ذلك لفظان ، أحدهما أنه لا ترفع لفظها
 الا لمنشد ، الثاني لا يرفع لفظها الا لمنشد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع الا لمن ينشد ها والمعنى الثاني
 لا يلتقطها الا لمن ينشد ها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللفظتان أبدأ فاما الملتقط
 فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال ابو حامد
 والاصح جواز ذلك في دار الاسلام قال وفي أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع
 عدم اهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم
 معرض للضياع كان ذلك في عامر الارض أو غامر ها والجماد والحیوان في ذلك سواء الا
 الابل باقواق والاصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني وهو متفق على صحته أنه قال :
 جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها
 ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأ نك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هي لك أو
 لا خيك أول الذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء
 وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط . ومعرفة
 حكم ما يلتقط . كيف يكون في العامر وبعده وماذا يستحقها مدعيها . فاما الابل فاتفقوا على أنها
 لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كالا بل وعن
 مالك أنها كالغنم وعنه خلاف

• (الجملة الثانية) •

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بالسنة ما لم تكن من الغنم
 واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثوري والازاعي وأبو حنيفة
 والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيراً او يتصدق بها
 ان كان غنياً فان جاء صاحبها كان مخيراً بين ان يحجز الصدقة فينزل على ثوبها او يضمه اياها
 واختلفوا في الغنى هل له أن يأكلها او ينفقها بعد الحول . فقال مالك والشافعي له ذلك وقال
 أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين
 وقال الازاعي ان كان مالا كثيراً جـهـ له في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعي
 عن عمرو بن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان أكلها ضمنها لصاحبها الا
 اهل الظاهر واستدل مالك والشافعي بقوله عليه السلام : فشأنك بها ولم يفرق بين غني وفقير

ومن الحجة لهما مارواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فتييت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفها فلم أجدهم اتيت ثلاثاً فقال احفظ وعاءها ووكةاها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذي وابوداود فاستنفتهما فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لا يصلح الشرع وهو أنه لا يحمل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشأنك بها . قال لا يجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن ان لم يحجز صاحب اللقطة الصدقة : ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال نحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عيناً على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنها لا تدفع اليه اذ لم يعرف العقاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا . فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بينة . وقال ابو حنيفة والشافعي لا يستحق الا بينة . وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لا بد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وابو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عقاصها ووكةاها فان جاء صاحبها والا فشأنك بها يحتمل أن يكون انما امره بمعرفة العقاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون انما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعقاص والوكاء فلم يقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التي تذكرها بعد وعند مالك واحكامه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العقاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عقاصها ووكةاها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد اذا عرف العقاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقض من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعقاص واما اذا غلط فيها فلا شيء له واما اذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقليل انه لا شيء له الا بمرقعة ما جعلاً وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرأ وإن غلط تدفع اليه واختلف المذهب اذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه يمين او بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب يمين . واما ضالة الغنم فان العلماء اختلفوا (١٧ — بدايه نبي)

على ان لو اجد ضالة الغنم في المكان الفقير البعيد من العمران ان ياكلها الفولة عليه السلام في الشاة :
هي لك اولاً خيك اولاً ذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها ام لا فقال جمهور العلماء انه
يضمن قيمتها . وقال مالك في اشهر الاقاويل عنه انه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة
الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مال الكاهن غالب الظاهر فحرم على حكم الظاهر
ولم يجز كذلك في التصرف فيما وجب تعريضه بعد العام لقوة اللفظ . هاهنا وعنه رواية أخرى
انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى اذا خشي عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند
أصحابه في ذلك انها على ثلاثة اقسام . قسم يبقى في يده ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين
والعروض . وقسم لا يبقى في يده ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالشاة في القفر والطعام
الذي يسرع اليه اتساده وقسم لا يخشى عليه التلف . فاما القسم الاول وهو ما يبقى في يده ملتقطه
ويخشى عليه التلف فانه يتقسم ثلاثة اقسام ، أحدها أن يكون يسيراً لا بال له ولا قدر لقيمته
ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والاصل في ذلك ما روى
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمر في الطريق فقال ، لولا أن تكون من الصدقة لا كلتها
ولم يذكرونها تعرفها وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشبه قد استحسن تعريف ذلك ،
والثاني ان يكون يسيراً الا أن له قدراً أو منفعة فهذا الاختلاف في المذهب في تعريفه واختلفوا
في قدر ما يعرف فقيل سنة وقيل أياماً ، وأما الثالث فهو ان يكون كثيراً أو له قدر فهذا الاختلاف
في وجوب تعريفه حولاً . واما القسم الثاني وهو ما لا يبقى في يده ملتقطه ويخشى عليه التلف فان
هذا إما كانه غنياً أو فقيراً أو هل يضمن فيه رايان كما قلنا الا شهر أن لا ضمان واختلفوا
ان وجد ما يسرع اليه الفساد في الحاضرة فقيل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين
أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . واما القسم الثالث فهو كالأبل اعني ان الاختيار
عنده فيه ان تركه للنص الوارد في ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل في
المذهب هو عام في جميع الازمنة وقيل انما هو في زمان العدل وأن الافضل في زمان غير العدل
التقاطها . واما ضمانها في الذي تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها واشهد على
التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعي وابو يوسف
ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال ابو حنيفة وزفر يضمنها ان
هلكت ولم يشهد استدلال مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة
الى الضمان قالوا وهي وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها

والا فلتكن ودیعة عندك واستدل ابو حنیفة وزفر بحديث مظرف بن الشخير عن عیاض
ابن جمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطعة فليشهد ذوی
عدل علیها ولا یکتب ولا یعت فان جاء صاحبها فهو احق بها والا فهو مال الله یؤتیة من یشاء
وتحصیل المذهب فی ذلك ان واجد اللقطه عند مالک لا یخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه ،
أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها ، والثانی أن يأخذها على جهة الالتقاط ، والثالث
ان يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهي
أمانة عنده علیہ حفظها وتعمیرها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم یضمن وقال اشهب
لا یضمن اذ اردھا فی موضعها فان ردها فی غیر موضعها یضمن كالودیعة والقول قوله فی تلفها دون
عین الا ان یتهم . واما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا یمرف هذا الوجه الا من
قبله . واما الوجه الثالث فهو مثل ان یجد ثوبا فیاخذه وهو یظنه لقوم بین یدیه لیستلهم عنه
فهذا ان لم یمرفوه ولا ادعوه كان له ان یرده حیث وجدہ ولا ضمان علیہ باتفاق عند اصحاب مالک
وتتعلق بهذا الباب مسئله اختلف العلماء فیها وهو العبد یستهلك اللقطه فقال مالک انها فی رقبته
إما ان یسلمه سیدہ فیها . واما ان یفدیه بقیهتها هذا اذا كان استهلا كما قبل الحول فان
استهلكها بعد الحول كانت دیناً علیہ ولم تكن فی رقبته وقال الشافعی ان علم بذلك السید فهو
الضامن وان لم یعلم بها السید كانت فی رقبه العبد واختلفوا هل یرجع الملتقط بما اتفق علی
اللقطة علی صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطه متطوع بحفظها فلا یرجع بشئ من ذلك
علی صاحب اللقطه وقال الکوفیون لا یرجع بما اتفق الا ان تكون النفقة عن اذن الحاكم
وهذه المسئلة هی من احکام الالتقاط وهذا القدر كف بحسب غرضنا فی هذا الباب .

» (باب فی اللقیط) «

والنظر فی احکام الالتقاط وفی الملتقط واللقیط وفی احکامه وقال الشافعی کل شیء ضائع
لا کافل له فالتقاطه من فروض الکفایات وفی وجوب الاشهاد علیہ خیفه الاسترقاق
خلاف والخلاف فیہ مبنی علی الاختلاف فی الاشهاد علی اللقطه واللقیط هو الصبی
الصغیر غیر البالغ وان كان ممیزاً فیہ فی مذهب الشافعی تردد والمملتقط هو کل حر عدل رشید
ولیس العبد والمکاتب ملتقط والكافر ملتقط الکافر دون المسلم لانه لا ولاية له علیہ ویلتقط
المسلم الکافر ویزعم من ید الفاسق والمبذر ولیس من شرط الملتقط الغنی ولا تلزم حققة الملتقط

على من التقطه وان اتفق لم يرجع عليه بشئ * . واما احكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم ابيه عند مالك وعند الشافعي يحكم من اسلم منهما وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر ولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر ولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الا ان ثبت في ذلك أثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : ترث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها ولدها الذي لا عنت عليه .

• (بسم الله الرحمن الرحيم) •

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

• (كتاب الودعة) •

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في احكام الودعة فمنها انهم اتفقوا على انها امانة لا مضمونة الا ما حكي عن عمر بن الخطاب قال المالك يكون والدليل على انها امانة ان الله امر برد الامانات ولم يأمر بالشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الودعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه بينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه بينة فكانه ائتمنه على حفظها ولم يأمنه على ردها فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك واصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه بينة وبه قال الشافعي وابو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد وبينه وبينه ان يصدق عليه ما على ولي اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن بر يد قول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم) فان انكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك واصحابه الا بينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك امر صاحب الودعة بدفعها الى الذي دفعها أو لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من امره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالودعة أعنى اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع او الى ذمة فان كان القابض اميناً فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصدق القابض وتسكون المصيبة من الامر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا باقامة البينة

على الدفع أو يأتي القابض بالمال . وأما أن دفع إلى ذمة مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها إلى سلفاً أو تسلفاً في سلعة أو ما شبه ذلك فإن كانت الذمة قائمة برى الدافع في المذهب من غير خلاف وإن كانت الذمة خربة فقولا * والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع عينه فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يدفعها إليه أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال يكون القول قوله في دعواه التلّف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال لا يبرأ الدافع بتصدق القابض مع دعوى التلّف ومن رأى المأمور بمنزلة الأمر قال القول قول الدافع للأمر كما كان القول قوله مع الأمر وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أنه أضعف منه قال الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال وإذا أودعها بشرط الضمان فالجهور على أنه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجملة فالقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ويختلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا اتفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لتفقتها ثم ردها فقال مالك يستطع عنه الضمان بحاله إذا ردها وقال أبو حنيفة إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن وإن ردها بغيره يضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً فمن غلط الأمر ضمنه أياها بتحريرها أو بنية استئقاقها ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم في السفر بها فقال مالك ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له في سفر وقال أبو حنيفة له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غير من غير عذر فإن فعل ضمن وقال أبو حنيفة إن أودعها عند من تلزمه ثقته لم يضمن لأنه شبهه بأهل بيته وعند مالك أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم فما كان بيناً من ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فمن جعل وديعة في جيبه فذهب والاشهر أنه يضمن وعند ابن وهب أن من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهب أنه لا ضمان عليه ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان مثل أن ينساها في موضع أو ينسى من دفعها إليه ويدعيها رجلان فقول يحلفان وتقسم بينهما وقيل أنه يضمن لكل واحد منهم وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يتدر واختلف في ذلك أصحاب الشافعي فمنهم من يقول إن أودعها لغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة

عندما لك لا يجب في حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا اجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما يحتاج اليه من مسكن أو ثيقة فعلى ربهما واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فمين اودع مالا فتعدى فيه وتجرب به فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وابو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصبا للمال فضلا عن ان يكون مستودعا عنده وقال ابو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدي الاصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو خير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين اوجبوا التصديق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما امر عمر رضي الله عنه ابنه عبد الله وعبيد الله ان يصرقا المال الذي اسلفهما ابو موسى الاشعري من بيت المال فجبرافيه فربح اقبل له لوجعلته قراضا فأجاب الى ذلك لانه قدر وى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

• (بسم الله الرحمن الرحيم) •

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

• (كتاب العارية) •

والنظر في العارية في اركانها واحكامها واركانها خمسة ، الاعارة ، والمعير ، والمستعير ، والمعار والصيغة . اما الاعارة فهي فعل خير ومندوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود انهما قالوا في قوله تعالى « و يَمْنَعُونَ المَاعُونَ » انه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفاس والدلو والحبل والقدر وما شبه ذلك . واما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالا كاللعارية اما الرقبتها واما المنفعت بها والاظهر انها لا تنصح من المستعير أعني أن يعيرها . واما العارية فتكون في الدور والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعة باحة الاستعمال ولذلك لا يجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذامحرم . واما صيغة الاعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة أي للمعير ان يستعيرها متى اذ شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبيل الانتفاع وان شرط مدة لما زمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية * وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العتود

اللازمة وغير اللازمة . واما الاحكام فكثيرة واشهرها هل هي مضمونة أو امانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول اشهب والشافعي واحد قولي مالك ومنهم من قال تقيض هذا وهوانها ليست مضمونة أصلاً وهو قول أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر اصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحديث الثابت انه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة ، وأداة وفي بعضها بل عارية مؤداة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية الزم الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه إلا أن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض وانفقوا في الاجارة على أنها غير مضمونة أعنى الشافعي وأبا حنيفة ومالك ويلزم الشافعي اذا سلم انه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويحییء على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء اخذ المستعير بقلع غراسه وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مما له قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط او بالعرف او العادة . وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبة بالقلع بل بخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه او ينقض بارش او بتملك ببدل فايهما اراد المعير اجبر عليه المستعير فان ابى كلف تفريع الملك وفي جواز بيعه للنقص عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعي ان اخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف

في ذلك يتنزل منزلة الشروط وعند مالك انه ان استعمل العارية استعما لا ينقصها عن الاستعمال
 المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره
 ان يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينفع به
 المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذا العارية لا يقضى بها وقال
 الشافعي واحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن
 ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع أحدكم
 جداره ان يغرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لا مريم بها بين
 اكتافكم واحتجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق
 خليجاً له من العريض فاراد ان يمر به في أرض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك أنت
 تمنعني وهولك منفعة تسقي منه أولاً وآخرأ ولا يضرك فابى محمد فكم فيه الضحاك عمر بن
 الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة فامرته أن يخلي سبيله قال محمداً فقال عمر لا تمنع أخاك
 ما ينفعه ولا يضرك فقال محمداً فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامرته عمران يمر به ففعل
 الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدى ربيع
 لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فنفعه صاحب الحائط فكم عمر بن
 الخطاب فتقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذّل الشافعي ما لا كالا دخاله هذه
 الاحاديث في موطنه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام :
 لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه
 الاحاديث وبخاصة حديث أبي هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وانه اذا أمكن أن
 تكون مخصصة وان تكون على الندب فحملها على الندب اولى لان بناء العام على الخاص
 انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبح عن ابن القاسم انه لا يؤخذ
 بتضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويؤخذ بتضاء لعبد الرحمن بن عوف في تحويل
 الربيع وذلك انه رأى ان تحويل الربيع أيسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبيل وهذا
 القدر كف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان ، الاول فى الضمان وفيه ثلاثة أركان ، الاول الموجب للضمان ، والثانى ما فيه الضمان
والثالث الواجب ، وأما الباب الثانى فهو فى الطوارئ على المغصوب .

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾

وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أولاً تلافيه واما المباشرة للسبب
المتلف واما اثبات اليد عليه واختلقوا فى السبب الذى يحصل بمباشرة الضمان اذا تناول
التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل ان يفتح قفصاً فيه طائر فيطير
بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال
وفرق الشافعى بين ان يهجه على الطيران أولاً يهجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم
يهجه ومن هذان حفر بئراً فسقط فيه شئ فهلك فمالك والشافعى يقولان ان حفره بحيث
ان يكون حفره تعدى يضمن ما تلف فيه والام يضمن ويحبى على اصل أبى حنيفة انه لا يضمن
مسئلة الطائر وهل يشترط فى المباشرة العمد او لا يشترط فلا شهر أن الاموال تضمن عمداً
وخطأً وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً
فالعلوم عن الشافعى انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رأى على المكروه الضمان أعنى المكروه
على الاتلاف .

﴿ الركن الثانى ﴾

وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال ألتفت عينه أو تلتفت عند الغاصب عينه بامر من السماء أو
سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار
فقال الجمهور انها تضمن بالغصب اعنى انها ان اهدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة
لا يضمن * وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل
ويحول فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً قال لا ضمان .

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان ان يرد به بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهب عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكياً أو موزوناً ان على الغاصب المثل اعني مثل ما استهلك صفة وزناً واختلفوا في العروض فقال مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي وابو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم : من اعتق شقة فصأله في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه انه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى « فجزاء مثل ما قتل من النعم » ولان منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه ومن الحجة لهم ما أخرجه ابوداود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى امهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت يدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الى الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفعت الصحيفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام .

(الباب الثاني في الطواريء)

والطواريء على المعصوب إما بزيادة وإما بنقصان وهذا ان إماماً من قبل المخلوق وإماماً من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بامر من السماء فانه ليس له الا ان يأخذه ناقصاً او يضمه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمعصوب مخير في المذهب بين ان يضمه القيمة يوم الغصب او يأخذ وما نقصته الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمه القيمة او يأخذ ناقصاً ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز . والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المعصوب مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء او نقصان كأنه حدث

في ملك صحيح فلو وجب له الفسلة ولم يوجب عليه في التقصير شيئا سواء كان من سببه او من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم النصب فقط ومن جعل المصوب مضمونا على الغاصب بقرينه في كل أو ان كانت يده عليه اخذه برفع القيم واوجب عليه رد الفسلة وضمان التقصير سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعي اوقياس قوله ومن فرق بين الجنابة التي تكون من الغاصب وبين الجنابة التي تكون بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى ان جنابة الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . واما ان كان الجنابة عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمصوب مخير بين ان يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني وبين ان يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنابات فهذا حكم الجنابات على العين في يد الغاصب . واما الجنابة على العين من غير ان يقع بها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جنابة تبطل بسير آمن المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجنابة وذلك بان يقوم صحيحا ويقوم بالجنابة فيعطى ما بين التيمتين . واما ان كانت الجنابة مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون خيرا ان شاء أسلمه للجاني واخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجنابة وقال الشافعي وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجنابة * وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيهه انلاف أكثر المنفعة بانلاف العين . واما انشاء فانه على قسمين ، أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثاني ان يكون مما أحدثه الغاصب . فاما الاول فانه ليس بقوة . واما انشاء مما أحدثه الغاصب في الشيء المصوب فانه ينقسم فيارواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين ، أحدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك ، والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الخنطة والخشبة يعمل منها ثوابت فاما الوجه الاول وهو أن يجعل فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين ، أحدهما ان يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة ينيها وما أشبه ذلك ، والثاني أن لا يقدّر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلقه فاما الوجه الاول فالمصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوبا بعد حط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب

ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا يغيره وانما يستأجر عليه وقيل انه لا يحيط من ذلك أجر القلع هذا
 ان كانت له قيمة . واما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء لان من حق
 المغصوب ان يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته فان لم يباله بذلك لم يكن له مقال . واما
 الوجه الثاني فهو فيه مخير بين ان يدفع قيمة الصبغ وما اشبهه . ياخذ ثوبه . وبين ان يضمه
 قيمة الثوب يوم غصبه الا في السويق الذي يلبه في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه
 فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل او القيمة فيما لا مثل له . واما
 الوجه الثاني من التقسيم الاول وهو ان لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب
 سوى العمل فان ذلك ايضاً ينقسم قسمين . احدهما ان يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء
 عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرقولة . والثاني ان يكون العمل كثيراً ينتقل به الشيء
 المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوت أو القمح يطحنه والعزل يندسجه والفضة يصوغها
 حلياً أو دراهم . فاما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب وياخذ المغصوب منه الشيء المغصوب
 معمولاً . واما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه او مثله في
 ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب
 أصله مسئلة البنيان فيقول انه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرقود والتسج
 والدباغ والطحين وقدر روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم
 الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ابي رب
 الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان ابي الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن
 القاسم في المسدونة في كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان وجه شبهة جلية
 وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يحجز الشركة بينهما وبقول انه يؤمر
 الغاصب بقلع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب وبضمن للمغصوب مقدار النقصان
 وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة
 أو عيناً الا أن يحتاج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس العرق ظالم حق لكن هذا مجمل
 ومفهوم الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعني ماله المتعلق
 بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغير أو لم يتغير وأما حكم غلته فاختلف في
 ذلك في المذهب على قولين : أحدهما ان حكم الغلة حكم الشيء المغصوب ، والثاني ان حكمها
 بخلاف الشيء المغصوب فن ذهب الى أن حكمها حكم الشيء المغصوب وبه قال أشهب من

أصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى ان الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لاقية الشيء* المنصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشيء* المنصوب فاختلقوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت بينة انه لا ضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغل تنقسم الى ثلاثة أقسام. أحدها غلة متولدة عن الشيء* المنصوب على نوعه وخلته وهو الولد وغلة متولدة عن الشيء* لا على صورته وهو مثل الثرولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلل غير متولدة بل هي منافع وهي الاكرية والخراجات وما شبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يردده كالولد مع الام المنصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا في ذلك اذا ماتت الام فقال هو خير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعي بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولداً على غير خلقته الاصل وصورته فقيمة قولان. أحدهما ان للغاصب ذلك المتولد. والثاني انه يلزمه رده مع الشيء* المنصوب ان كان قائماً وقيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشيء* المنصوب كان خيراً بين ان يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين أن يأخذها بالغلة ولا شيء له من القيمة. وأما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة أقوال. أحدها انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل ، والثاني انه يلزمه رده من غير تفصيل ايضاً والثالث انه يلزمه الرد ان أكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع او عطل ، والرابع يلزمه ان أكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل ، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعني انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتسل من العين المنصوبة مع عينها وقيامها وأما ما اغتسل منها يتصرفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيرجع بالغلة له قولاً واحداً في المذهب وقال قوم الربح للمنصوب وهذا ايضاً اذا قصد غصب الاصل . وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع او أكرى كان مما يزال به او مما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها او حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه اياها ولا في حملها لانه ضامن لها ان تلفت في تعديده وهذا قوله في كل ما ينتقل ويحول فانه لما رأى انه قد ضمنه بالتعدى وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المنصوب وان كان الفرق بينهما أن الذي تجر به تحولت عينه وهذا لم يتحول عينه * وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة او لا يردها

اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب وهو في غلام قيم فيه بعيب فأراد الذي صرف عليه ان يرد المشتري غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الامصار مشهور فمن قصر مهنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل ان يشتري شيئاً فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث في الاصل والغلة اعني عموم هذا الحديث وخصص الثاني . وأما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذي خرج عليه وخصص قوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق فان جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجري المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحد وأن يعتبر المتضمنين أولاً بعتير وأما سائر الاقوال التي بين هذين فهي استحسنان وأجمع العلماء على أن من اغتس نخلاً أو نمر أو بالجملة نباتاً في غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيأ أرض أميئة فهي له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغتس في أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فمضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب أصولها بالقفوس وانها لتخل عم حتى أخرجت منها الا ما روى في المشهور عن مالك ان من زرع زرعاً في أرض غيره وفات أو ان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعاً وكان على الزارع كراء الأرض وقدر روى عنه ما يشبهه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل ما لا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله انه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزراع وفرق قوم بين الزرع وانما فقالوا الزارع في أرض غيره له ثقلته وزرعته وه و قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فله ثقلته وليس له من الزرع شيء واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال ، أحدها أن كل دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته ، والثاني أن لا ضمان عليه ،

والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار ، والرابع وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت ومن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه بالضمان باطلاً قال الليث إلا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروي عن عمر رضي الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيثان ، أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غم القوم) والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا ، والثاني مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها أي مضمون وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : العجماء جرحها جبار وقال الطحاوي ونحوه في مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوفة . فاما إذا لم يرسلها محفوفة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح . وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الأصول له وذلك أنه نعدم المرسل والأصول على أن على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين أن المنفلت لا يملك * فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع ببعضه لبعض أعني أن الأصل يعارض جرح العجماء جباراً ويعارض أيضاً انفرقة التي في حديث البراء وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح العجماء جباراً ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة بربع ثمنها وكتب إلى شرح قأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياساً على التعدى في الأموال والكوفيون اعتقدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا إذا قال الصاحب قولاً ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف * فسبب الخلاف إذا معارضة القياس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصؤول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري

يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصدر جلاً فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعمد أنه ليس عليه قود وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أحرى لأن النفس أعظم حرمة من المال وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرمي إذا صال وبه تمسك حذاق اصحاب الشافعي وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس ومن هذا الباب اختلافهم في المكروهة على الزناهل على مكرها مع الحد صدق أم لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعاً وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للإنسان فلم يسقط أحدهما إلا آخر أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع . وأما من لم يوجب الصداق فتعلق في ذلك بمعنيين ، أحدهما أنه إذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأي الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى الثاني أن الصداق ليس مقابل البضع وإنما هو عبادة إذا كان النكاح شرعياً وإذا كان ذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبني عليها بناء يساوي قائماً أضعاف قيمة الأسطوانة فقال مالك والشافعي يحكم على الغاصب بالهدم و يأخذ المغصوب منه أسطوانته وقال أبو حنيفة تقوت بالقيمة كقول مالك فممن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعي لا يقوت المغصوب بشئ من الزيادة وههنا انقضى هذا الكتاب .

• (بسم الله الرحمن الرحيم)
 (وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)
 • (كتاب الاستحقاق) •

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن انشئ المستحق من بد انسان بما ثبت به الأشياء في الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذي استحق من يده الشيء المستحق بشرائه أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضاً أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو ممتون

فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عندما لك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع . واما ان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالثمنون رجع بالثمنون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يعضى البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق فان تغير الشيء المستحق فلا يخلو ان يتغير بزيادة أو نقصان فاما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو ان يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء . أو بزيادة من ذات الشيء فاما الزيادة من ذات الشيء فيأخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية أو يكبر العلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشتري الدار قبني فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذها استحققه وبين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجهها على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد واختلاف في أخذ قيمته . وأما الام قليل يأخذها بعينها وقليل يأخذ قيمتها . وأما ان كان الولد بنكاح فاستحققت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره وإذا ألزمتها قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه وأعني بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلك عند . وأما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثاً فيطرد عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فانه يرد الغلة . وأما ان كان غير ضامن الا انه ادعى في ذلك ثماً مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان انه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع . واما من أي وقت تصح الغلة للمستحق قليل يوم الحكم وقليل من يوم ثبوت الحق وقليل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق في احدى هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولاً فيها ثم فادرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقليل انها للمستحق ما لم يقطف وقليل ما لم يبيس وقليل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يده وهذا

ان كان اشترى الاصول قبل الابار . واما ان كان اشترىها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقي والعلاج وقال أشهب هي للمستحق ما لم تجذ والارض اذا استحققت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في إبان زر ربعة الارض . وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه . واما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما ان كان أخذه غنما مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض قال القاضي ولم أجد في هذا الباب خلافاً يعقد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يجبي على أصول الغيرانه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمة وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل وكذلك يجبي على أصول الغيران يرجع على المشتري اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب الهبات)

والنظر في الهبة في اركانها وفي شروطها وفي أنواعها وفي احكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس ما فيها من المسائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهي ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة . أما الواهب فانه لم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالاً كاللموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلّفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس . أما المريض فقال الجمهور انه في ثلثه تشبه بالوصية أعني الهبة التامة بشرطها وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام : في الذي أعتق ستة أعبد عند موته فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقي وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الاجماع

وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض
الأن يدل دليل من كتاب أوسنة ينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التي
يحجر فيها - هذا الجمهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل السكون
بين الصفيين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف . وأما الامراض
المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون
فلا خلاف عندهم يقول بالحجر عليهم ان هبهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شيء صحيح
ملكه وانفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلقوا في تفضيل الرجل بعض
ولده على بعض في الهبة أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار
بكرهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلاً عن ان
يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون
بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد
اختلف في ألفاظه والحديث أنه قال ان أبا بشير أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال اني نخلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلته
مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه واتفق مالك والبخاري ومسلم على
هذا اللفظ قالوا والارنجاع يقتضي بطلان الهبة وفي بعض ألقاظ روايات هذا الحديث أنه
قال عليه الصلاة والسلام: هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان
يهب في صحته جميع ماله للاجنب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبي فهو للولد أخرى
واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نخل عائشة جزاً من عشرة عشرين وسقاً من مال الغابة فلما
حضرته الوفاة قال والله يا بنيتي ما من الناس أحد أحب الىّ غنيّ بعدى منك ولا عز على فقراً
بعدى منك وانى كنت نخلتك جزاً من عشرة عشرين وسقاً فلو كنت جذتيه واحترتيه كان لك وانما
هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به التدب والدليل على ذلك أن في بعض رواياته
ألمست تريد ان يكونوا لك في البر واللفظ سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى . واما مالك
فانه رأى أن النهى عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو اخرى ان يحمل على
الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن ان يخص الرجل بعض أولاده بجميع
ماله فسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى الوارد وذلك أن النهى يقتضي
عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضي الامر الوجوب فن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس

حمل الحديث على الندب أو خصصه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني ان يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الخطر الى مفهوم الكراهية . وأما اهل الظاهر فلما لم يحز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة واختلقوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الفرر وقال الشافعي ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يحز بيعه لم يحز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن . وأما الهبة فلا بد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فاشهرها القبض أعني ان العلماء يختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجزى على القبض كالبيع سواء فان تأني الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتواني لم يكن له الا الثمن وان قام في الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول اهل الظاهر وقدر روى عن أحمد بن حنبل ان القبض من شروطها في المكمل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهاً بالبيع وأن الاصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لما أئسه المتقدم وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال ما بال رجال ينحلون ابناهم ثم يحللونها فان مات ابن احدكم قال مالي بيدي لم اعطه احداً وان مات قال هو لا بني قد كنت اعطيته اياه فنحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها للمنعول له وابقاها حتى تكون ان مات لورنته فهي باطلة وهو قول علي قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف . وأما مالك فاعتمد الا مرين جميعاً أعني القياس وما روى عن الصحابة

وجمع بينهما فن حيث هي عتد من العقود لم يكن عنده شرط من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى فوت القبض بمرض أو افلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على أن الاب يجوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره ولل كبير السفية ما وهبه له كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم وأنه يكفي في الحيازة له اشهاد به بالهبة والا اعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين والا صل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابناً له صغيراً لم يبلغ أن يجوز نخلته فاعلن ذلك واشهد عليه فهي حيازة وان وليها وقال مالك واصحابه لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر العروض يمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفي في ذلك اعلانه وإشهاد به . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز الا ان يخرج به الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها في ظرف او ائاء وختم عليها بخاتم واشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين اصحاب مالك ان الوصي يقوم في ذلك مقام الاب واختلفوا في الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من اصحابه تقوم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي الجد بمنزلة الاب والجد عند ابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب .

(القول في أنواع الهبات)

والهبة منها ما هي هبة عين ومنها ما هي هبة منفعة وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ومنها ما لا يقصد بهل الثواب والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها ما يقصد به وجه المخلوق . فاما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها وإنما اختلفوا في احكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وابو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور * وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس ببيعاً مجهول الثمن فن رأه بيعاً مجهول الثمن قال هو من بيع العرف راقى لا تجوز ومن لم ير انها بيع مجهول قال يجوز وكان مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يررض الواهب بالثواب ما الحكم فقل تلزمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر

على ما سياتي بعد فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والا وهو المشهور عن مالك . وأما إذا ألزم القصة فهناك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك وخصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفقير للفقير أو لمن يرى أنه انما قصد بذلك الثواب . واما هبات المنافع فهنا ما هي مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما اشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل أن يهب رجل رجلاً سكنى دار حياته وهذه تختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال ، أحدها أنها هبة مبتوتة أى أنها هبة للرقبة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة ، والقول الثانى انه ليس للعمر فيها الا المنفعة فإذا مات عادت الرقبة للعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى العمر أو إلى ورثته ، والقول الثالث انه اذا قال هو عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكاً للعمر . فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت العمر للعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور * وسبب الخلاف فى هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للآثر . اما الأثر فى ذلك حديثان ، أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيعما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فأنها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى اعطاها أبداً لأنه اعطى عطاء وقعت فيه الموارىث ، والحديث الثانى حديث أبى الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يله مشر الا نصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها فن أعمر شيئاً حياته فهو له حياته ومماته وقدر وى عن جابر بلفظ آخر لا تعمروا ولا ترقبوا فن أعمر شيئاً أو ارقبه فهو لورثته فحديث أبى الزبير عن جابر يخالف لشرط العمر وحديث مالك عنه يخالف أيضاً لشرط العمر الا انه يخيل انه أقل فى المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبقيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبى الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك . واما من قال ان العمرى تعود الى العمر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبى الزبير عن جابر فختلف فيه أعنى رواية أبى الزبير عن جابر . وأما إذا أنى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخداف بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير فى انها لا تنصرف الى المسكن أبداً على قول الجمهور وفى العمرى والحق ان الاسكان والتعمير المعنى

المفهوم منهما واحد وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفاً له إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

﴿القول في الأحكام﴾ ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصاف في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجهور علماء المدينة أن للاب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً وبالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير وأن للام أيضاً أن تعتصر ما وهبت أن كان الاب حياً وقدر روى عن مالك أنها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرمة عليه وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصاف أصلاً احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام: العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن استثنى أبو بن احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام: لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا والدوقاس الأم على والدوقاس الشافعي لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصاف إلا لذوي الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها قالوا أيضاً فإن الأصل أن من وهب شيئاً عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كماله وعدالته أنفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثه أو في مراسلات مالك أن رجلاً انصارياً من الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فله كافتورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام: فقال قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمي بوليدة وإنها ماتت وتركك تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم: وجب أجرك ورجعت إليك بالميراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصاف لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: لعمر لا تشتره في الفرس الذي تصدق به فإن العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه والحديث متفق على صحته * قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليقيم محاسن الأخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولاً قسمين ، القسم الاول النظر في الاركان ، والثانى فى الاحكام ونحن فاعلمنا انكم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

﴿ القول فى الاركان ﴾ والاركان أربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية . أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عنده مالك وصية السفيه والصبي الذى يعقل القرب وقال ابو حنيفة لا يجوز وصية الصبي الذى لم يبلغ وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم . واما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لا تجوز لو ارث اقوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربى مع الكراهية وقال الحسن وطاوس رد الوصية على القرابة وبه قال اسحق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى « الوصية للوالدين والاقربى » والالف واللام تقتضى الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران بن الحصين المشهور وهو ان رجلاً اعتق ستة أعبد له فى مرضه عندهم ماله لا مال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لو ارث اذا لم يحجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا اجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزنى لا تجوز وسبب الخلاف هل المنع لاملة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة اجازها اذا اجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث هل هو معقول المعنى ام ليس بمعقول واختلفوا فى الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفى الوصية للقاتل خطأ وعمداً وفى هذا الباب فرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم ان يرجعوا فى ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين ان يكون الورثة فى عيال الميت أولاً يكونوا اعنى انهم ان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال فى المذهب . ﴿ القول فى الموصى به ﴾ والنظر فى جنسه وقدره . أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية

في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة واهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر . واما القدر فان العلماء اتفقوا على انه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاهد سعد بن أبي وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذومال ولا يرثني الا ابنة لي أفأتصدق بثلاث مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فاشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه ما دون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام : في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع والخمس أحب الى . وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتدوا على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو عصى الناس في الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مال السكالا يجيز ذلك والا وراعى واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود * وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعمة التي علل بها الشارع ام ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام : انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصاً وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعمة أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق بأكثر من الثلث .

(القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية) والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لاشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا

العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعني ان للموصي ان يرجع فيما أوصى به الا المدبر فاتهم
اختلفوا فيه على ماسيأتي في كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصي له الا بعد موت
الموصي واختلفوا في قبول الموصي له هل هو شرط في صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصي له اياها
شرط في صحة الوصية وروى عن الشافعي انه ليس القبول شرطاً في صحتها ومالك شبهها
بالبهية .

﴿ القول في الاحكام ﴾ وهذه الاحكام منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فن مسائلهم
المشهوره الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلاث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما
هو الثلث فقال الورثة ذلك الذي عين أكثر من الثلث فقال مالك الورثة منحIRON بين ان
يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة
والشافعي وأبو نوري وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصي له بموت الموصي
وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة
مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة
وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الموصي له قدر
الثلث من ذلك الشئ الموصى به وكان شريكاً للورثة وان كان الثلث فأقل جبر واعلى اخرجاه
واذا لم يختلفوا في أن ذلك شئ الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثة منحIRON بين ان
يدفعوا اليه ما وصى له به أو يرجعوا له عن جميع ثلث مال الميت إما في ذلك الشئ بعينه وإما
في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك وقال أبو حنيفة والشافعي له ثلث تلك
العين ويكون بباقيه شريكاً للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث * وسبب
الخلاف أن الميت لما تعدى في ان جعل وصيته في شئ بعينه فهل الا عدل في حق الورثة ان
يخيروا بين امضاء الوصية أو يرجعوا له الى غايه ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل
التعدي ويعود ذلك الحق مشتركاً وهذا هو الاولى اذا قلنا ان التعدي هو في التعيين لكونه
أكثر من الثلث أعني ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكلف الورثة أن يمضوا التعيين
أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم فيما وجبت عليه زكاة
فوات ولم يوص بها واذا وصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها
لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعي يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند
مالك يلزم الورثة اخراجها وهي عنده من الثلث وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال

شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: فدين الله أحق أن يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق وكأن مال كانهم هنا على الورقة أعنى في توصيته باخراجها قال ولو أجزه هذا لجازل لانسان ان يؤخر جميع زكانه طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء يريد في الخاصة وانفق مالك وجميع اصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتخاص في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الالهم واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم. ومن مسائلهم الحسائية المشهورة في هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله ولا خير بثليه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما أخماساً وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية * وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في التسمية كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذا كان مشاعاً قال يقتسمون المال أخماساً ومن قال يبطل الاعتبار به كالألو كان معيناً قال يقتسمون الباقي على السواء ومن مسائلهم اللغزية في هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذا لم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصي بعدموته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكمية التي للامام ان يوصي بها .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر في هذا الكتاب فبمن يرث وفبمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائماً أو مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أولاً يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه

كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بأن يذكروا حكم جنس
جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك
أن ينظر إلى الولد إذا انفردكم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فاما
الأجناس الوارثة فهي ثلاثة ذؤ و نسب وأصهار وموالى . فاما ذؤ و النسب فمنها متفق عليها
ومنها مختلف فيها . فاما المتفق عليها فهي الفروع أعنى الاولاد والاصول أعنى الآباء
والاجداد ذؤ كوراء كانوا أو اناؤ وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الأصل الأدنى أعنى
الآخوة ذؤ كوراء أو اناؤ أو المشاركة الأدنى أو الأبعد فى أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام
وذلك الذؤ كوراء من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء إذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء
سبعة . أما الرجال فالابن وابن الابن وابن السفل والاب والجد أبوالاب وإن علا والآخر من
أى جهة كان أعنى للام والاب أولا أحدهما وابن الآخر وإن سفل والعم وابن العم وإن سفل
والزوج ومولى النعمة . وأما النساء فالابنة وابنة الابن وإن سفلت والام والجدة وإن علت
والأخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فمهم ذؤ والارحام وهم من لا فرض لهم فى
كتاب الله ولا هم عصبه وهم بالجملة بنو البنات وبنات الآخوة وبنو الأخوات وبنات
الأعمام والأعم الأخوال للام فقط وبنو الآخوة للام والأعمات والخالات والآخوال
فذهب مالك والشافعى وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لا ميراث
لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر
الآفاق إلى توريتهم والذين قالوا بتوريتهم اختلفوا فى صفة توريتهم فذهب أبو حنيفة
وأصحابه إلى توريتهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم إلى التزبل وهو أن ينزل
كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبية بمنزلة السبب الذى أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله
أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شئ إلا بكتاب أو سنة
ثابتة أو إجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على
ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى « وأولوا الأرحام بعضهم
أولى ببعض » وقوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » واسم القرابة ينطلق
على ذؤى الأرحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات الموارث . وأما السنة فاحسبوا
بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال : الله ورسوله مؤتى من لا مؤلى له والخال وارث من لا وارث له . وأما من طريق

المعنى فان القدماء من اصحاب ابي حنيفة قالوا ان ذوى الارحام اولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب اعني ان من اجتمع له سببان اولى بمن له سبب واحد . واما أبو يزيد ومتأخروا اصحابه فشهدوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند قد اصحاب القروض والعصبات لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللفرق الاول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .

﴿ ميراث الصلب ﴾

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم والدة والدهم ان كانوا ذكوراً واناثاً معاً هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلثاً فافوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا في اثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » هل حكم اثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والا ظهر من باب دليل الخطاب انهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين قال فيها أحسب أبو عمر بن عبد البر وعبد الله بن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » الى قوله « وإن كانت واحدة فلها النصف » وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين برثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الاشياء روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكراً بن ابن في مرتبتين أو أبعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب

ابو ثور وداودانه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكركرأفوقهأودونه وكان ابن مسعود يقول في هذه لذكركم مثل حظ الاثنيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكركم مثل حظ الاثنيين » وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى أيضاً لما كان الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابي ثور حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : اقسموا المال بين اهل القرائض على كتاب الله عز وجل فما بقى القرائض فلاولى رجل ذكرومن طريق المعنى ايضاً ان بنت الابن لما تراث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان اخرى أن لا تراث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على اصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الافراد وهي حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبه كان في درجتهن أو اطراف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان في مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتاً لصلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخلفت الشيعة في ذلك فتألت لا تراث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال في ابن الابن مع الابن فلا اختلاف في بنات الابن في موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فلم تحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصياً مطلقاً وقيل يرثن تعصياً الا ان يكون أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل ايضاً اذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيف ما كان والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات)

وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن النصف ذكرأكان الولد أو اثني الا ما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولداً فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم تترك الزوج ولداً ولا ولد ابن الربع فان ترك ولداً أو ولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهم أحد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لورود النص في قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد) الآية . . .

* ميراث الاب والام *

وأجمع العلماء على أن الاب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى (وورثه ابواه فلامه الثلث): وأجمعوا على أن فرض الابوين من ميراث ابهما اذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان أعني أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولا يورثه كل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكور دون الانثى وخالفهم في ذلك من شذ . وأجمعوا على أن الاب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد . وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له اخوة فلامه السدس) . واختلفوا في أقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعداً وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعداً وأن الاثنين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعني في قوله تعالى (فان كان له اخوة) ولا خلاف أن الذكور والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة في الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا أنقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة إلا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث إذ اسم الاخوة هو جمع أخ والأخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى يحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبا وللأب الثلثان لانه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما يحجب الا الاخوة مع الآباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب في التى تعرف بالفراوين وهى فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجة وأبوين فقال الجمهور في الاولى للزوجة الربع وللأم الثلث مابقى وهو الربع من رأس المال وللأب مابقى وهو النصف وقالوا في الثانية للزوج النصف وللأم الثلث مابقى وهو السدس من رأس المال وللأب مابقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس في الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللأم الثلث منه أيضاً لانها ذات فرض

وللاب ما بقى لانه عاصب وقال أيضاً فى الثانية للزوج النصف وللأم الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب ما بقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور ان الاب والام لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقي وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكانهم رأوا أن يكون ميراث الام أكثر من ميراث الاب خروجاً عن الأصول وعمدة الفريق الآخر أن الام ذات فرض مسمى والاب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل اظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل اظهر وأعنى بالتعليل هاهنا أن يكون أحق سببى الانسان أولى بالاثار أعنى الاب من الام .

(ميراث الاخوة للام)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفردوا واحد منهم ان له السدس ذكرأ كان أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية للذكور منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الاب والجد أبوالاب وان علا والبنون ذكورهم واناثهم وبنو البنين وان سفلوا ذكورهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت) الآية وذلك الاجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقد قرئ وله أخ أو أخت من امه . وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلالة هى فقد الاصناف الاربعه التى ذكرنا من النسب أعنى الآباء والاجداد والبنين وبنى البنين .

(ميراث الاخوة للاب والام أو للاب)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والام أو للاب فقط يرثون فى الكلالة أيضاً اما الأخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال فى البنات وانهم ان كانوا ذكورا واناثا فلذكور مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة) الا أنهم اختلفوا فى معنى الكلالة هاهنا فى أشياء واهتقوا منها فى أشياء يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام ذكرانا كانوا أو اناثا انهم لا يرثون مع الولد الذكر شبيهاً ولا مع ولد الولد ولا مع الاب شبيهاً واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا فى ميراث الاخوة للاب والام مع البنت

أوالبنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة الى ان الاخت لا ترث مع البنت شيئاً وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في ابنة وابنة ابن واخت ان للبنت النصف ولا ابنة الابن السدس تسكلة الثلثين وما بقي فللاخت وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة القريبي الاخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت) فلم يجعل للاخت شيئاً الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياساً على بني الابناء مع بني الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الاحاد المعدول عن علي رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات وأجمع العلماء على ان الاخوات للاب والام اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فللاخوات للاب ما كن بهية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبنه ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجتهم وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقي للذكر من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود في هذه المسئلة مع موافقته له في مسئلة بنات الصلب وفي الحديث ان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بني الاب مثل حظ الانثيين الا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بني الابن وأدلة القريبيين في هذه المسئلة هي تلك الأدلة باعيانها وأجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند تقدم كالحال في بني البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبنه بان يسدأمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهي القرية التي تعرف بالمشاركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة توفيت وركت زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللأخوة للام الثلث فيسترقون المال فيبقى الاخوة للاب والام بلا شيء فكانوا يشركون الاخوة للاب والام في الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال

من فقهاء الامصار مالك والشافعي والثوري وكان على رضى الله عنه وابى بن كعب وأبو موسى الاشعري لا يشركون اخوة الاب والام في اثاث مع اخوة الام في هذه القرينة ولا يوجبون لهم شيئاً فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبي ليلى واحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون الاخوة للام في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الام فوجب أن لا يتفردوا به دونهم لانه اذا اشتركوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبية فلا شيء لهم اذا احاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجاً واماً وأخاً واحداً للام واخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملاً والسدس الباقي بين الباقيين مع انهم يشاركون في الام * فسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المتباينين واشتراك الالفاظ فيها نص

هـ (ميراث الجد)

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة الاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والزهري وابن شريح من أصحاب الشافعي وداود وجماعة واتفق على ان من أنى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب انه قهما في المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن انه قهما في كثير من الاحكام التي أجمعوا على انه قهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أما يتق الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الاب أباً وقد أجمعوا على انه مثله في احكام آخر سوى الفروع ومنها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وأنه لا يقتصر له من جد كما لا يقتصر له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ اقرب الى الميت من الجد لان الجد أبواى الميت والاخ ابن أبي الميت والابن اقرب من الاب وأيضاً كما أجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلى بالاب وانعم يدلى بالجد * فسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب فان قيل قاي القياسين أرجح بحسب النظر الشرعي قلنا قياس من ساوى بين الاب والجد فان الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن في

المرتبة الثانية أو الثالثة وإذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يحجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وإنما هو مشارك له في الاصل والاصل أحق بالشئ من المشارك له في الاصل والجد ليس هو أصلاً للميت من قبل الاب بل هو أصل أصله والاخ يرث من قبل ابيه فرع لا يصل الميت فالذي هو أصل لأصله اولى من الذي هو فرع لأصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الاخ ليس ابناً للميت وإنما هو ابن ابيه والجد ابوالميت والبنوة إنما هي أقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعني الموروث وأما البنوة التي تكون لاب الموروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الابوة التي تكون لاب الموروث لان الابوة التي لاب الموروث هي ابوة مالموروث اعني بعيدة وليس البنوة التي لاب الموروث بنوة مالموروث لا قرينة ولا بعيدة فن قال الاخ احق من الجد لان الاخ يدلى بالشئ الذي من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجد يدلى بالابوة هو قول غلط مخيل لان الجد أب ما وليس الاخ ابناً ما بالجد لان الاخ لاحق من لو أحق الميت وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والنسب أم لك للشئ من لاحقه واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد في ذلك انه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أولاً يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى اعطى الافضل له من اثنين اماثل المال واما ان يكون كواحد من الاخوة المذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو اناثا أو الامرين جميعاً فهو مع الاخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الرابع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له الثلث لانه أفضل له من المقاسمة فهذا هو حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم . وأما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ باهل القروض فيأخذوا فروضهم فماتبقى أعطى الافضل له من ثلاث اماثل ما بقى بعد حظوظ ذوى القرائض واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما ان يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم ماتبقى يكون الاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية على ما سئدكر مذهبهم فيها مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الا حظ له من السدس أو القاسمة وسواء كان مع الجد ولاخوة غيرهم من ذوى القرائض أو لم يكن وإنما لم ينقصه من السدس شيئاً لانهم لما أجمعوا ان البناء لا ينقصونه منه شيئاً كان أخرى أن لا

ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن ما يجب لهم وهو الثالث وبقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة وبقول علي رضي الله عنه قال أبو حنيفة . وأما الفر يضة التي تعرف بالاكدرية وهي امرأة توفيت وترك زوجها وأماً وأختاً شقيقة وجداً فإن العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود بمطيان للزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العدل وكان علي ابن أبي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس إلا ان زيد أجمع سهم الأخت والجد فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضمف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفر يضة وبقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول والعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الا ابن عباس فإنه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وإيم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فر يضة قيل له وأياها قدم الله وأياها أخر الله قال كل فر يضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فر يضة أخرى فهي ما قدم الله وكل فر يضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقى فتلك التي أخر الله فالاول مثل الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدى من قدم الله فان بقى شيء فلمن أخر الله والافلاشي له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق إخوة لاب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئاً الا ان يكون الشقائق أختاً واحدة فانها تعاد الجد باخوتها للاب ما بينهما وبين ان تستكمل فر يضتها وهي النصف وان كان فيما يحاز لها ولا خونها لابيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لا خونها لابيها للذكر مثل حظ الأنثيين فان لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضي الله عنه فكان لا يلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان هذا الفعل أيضاً مخالف الاصول أعني ان يحنسب بمن لا يرث واختلف الصحابة رضي الله عنهم من هذا الباب في الفر يضة التي تدعى الخرقاء وهي أم وأخت وجد على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضي الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد وحججوا به الأخت وهذا على رأيهم في اقامة الجد مقام الاب وذهب على رضي الله عنه الى أن

للأم الثلث وللأخت النصف وما بقي للعبد وذهب عثمان إلى أن للام الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود إلى أن للأخت النصف وللجد الثلث وللأم السدس وكان يقول معاذ الله أن أفضل أمًا على جد وذهب زيد إلى أن للام الثلث وما بقي بين الجد والأخت للجد كمثل حفظ الاثنين

(ميراث الجدات)

وأجمعوا على أن للجدّة أم الأم السدس مع عدم الأم وأن للجدّة أيضاً أم الأب عند فقد الأب السدس فإن اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن للجدّة أم الأم يفرض لها السدس فريضة فإذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما إذا كان قعددهما سواء أو كانت أم الأب أقعد فإن كانت أم الأم أقعد أي أقرب إلى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدّة أم الأب شيء وقد روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثوري وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجدتين المجتمع على توريثهما وكان الأوزاعي واحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنان من قبل الأب أم الأب وأم ابى الأب أعني الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات أم الأم وأم الأب وأم ابى الأب أعني الجد وأم ابى الأم أعني الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا إذا كانت من جهة واحدة وروى عن ابن عباس أن الجدة كلام إذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من التماس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ومن قال بذهب زيد ما رواه مالك أنه قال جاءت الجدة إلى أبي بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فأرجع حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فأقذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا غيرك وما أنا بزاز في الفرائض ولكنه ذلك السدس فإن اجتمعتا فيه فهو لكما وأيتكما أقررت به فهو لها وروى مالك أيضاً أنه أتت

الجدة ثانياً إلى أبي بكر فارادان يجعل السدس للتي من قبل الأم فقال له رجل أما أنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان أياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة واجماع الصحابة . وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها وهو الأب فذهب زيد إلى أنه يحجب وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروي عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين واحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوباً بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك وأيضاً فلما كانت أم الأم لا ترث باجماع مع الأم شيئاً كان كذلك أم الأب مع الأب وعمدة القريبي الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة أعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم سدساً جدة مع ابنها وابنها حي قالوا ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لا يحجب بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغي أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيداً إلا في فرضة واحدة وهي امرأته هلك وتركت زوجاً وأمّاً وإخوة لأم وإخوة لأب وأم وجد أفتل مالك للزوج النصف وللأم السدس وللجد ما بقي وهو الثلث وليس للإخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس وما بقي للإخوة الشقائق يخالف مالك في هذه المسئلة أصلاً من أن الجد لا يحجب الإخوة الشقائق ولا الأخوات للأب وحجته أنه لما حجب الإخوة للام عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم .

(باب في الحجب)

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب وأن الأخ للأب يحجب بني الأخ الشقيق وأن بني الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب وبني الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب والأم وبني الأخ للأب أولى من العم أخي الأب وابن العم أخو الأب الشقيق أولى من ابن العم أخي الأب للأب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بينهم ومن حجب منهم صنفاً فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة . أما الإخوة فلا قرب منهم يحجب إلا بعد فإذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الأب فقط وكذلك

الاعمام الاقرب منهم يحجب الا بعد فان استوا وحجب من يدلى منهم الى الميت بسبيين من تدلى بسبب واحد اعنى انه يحجب العم اخو الاب لاب وام العم الذى هو اخو الاب لاب فقط واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو أب المتوفى والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنهم والابناء اجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجدة يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجدة يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة شقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبون الاخوة للام واختلاف العلماء فى ترك ابني عم احدهما أخ للام فتدل مالك والشافعى وأبو حنيفة وأبو ثوري الاخ للام السدس من جهة ما هو أخ لام وهو فى باقى المال مع ابن العم الا آخر عصبية يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضي الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لا بد قد أدلى بسبيين ومن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبري وهو قول الحسن وعطاء واختلاف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى القرائن اذا بقيت من المال فضيلة لم تستوفها القرائن ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقل بالرد ويجعل الفائض فى بيت المال وبه قال مالك والشافعى وقال جل الصحابة بالرد على ذوى القرائن وض ما عدا الزوج والنزوجة وان كانوا اختلفوا فى كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهمهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقى وهكذا فى جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهما مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تتعلق بأسباب الموارث يجب ان نذكرها هنا فمنها أنه أجمع المسلمون على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » ولم يثبت من قوله عليه الصلاة والسلام: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر وفى ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر اثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسرور من التابعين وجماعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقتلوا كما يجوز لنا ان نشكح نسائهم ولا يجوز لنا ان نشكحهم نسائنا كذلك الارث ورووا فى ذلك

حديثاً مسنداً قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضاً بالقصاص في الدماء التي لا تنكافأ. وأما مال المرتد اذا قتل أو مات فقتل بجهور فقهاء المجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد بن الصنحابة وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضي الله عنهما وعمدة الفرق الاوّل عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لأنهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما أكدوا بما يمتي لماله من حكم الاسلام بدليل انه لا يؤخذ في الحال حتى يموت الا ما روى عن أشهب فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي وغيره يؤخذ بتضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول بوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقهاء ماله للمسلمين عند ما يرتدوا ظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً واختلفوا في توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثاً النصارى واليهود والصابئين ملة والمجوس ومن لا كتاب لهم ملة والاسلام ملة وقدرى عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قبل بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المقصود من هذا دليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في توريث الحملاء والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعني انهم يولدون في بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قولهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقولهم لا يتوارثون الا ببينة تشهد

على انسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة وقول انهم لا يتوارثون أصلاً وروى عن عمر
الثلثة الاقوال الا ان الاشهر عنه انه كان لا يورث الامن ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان
وعمر بن عبد العزيز واما مالك واصحابه فاختلف في ذلك قولهم فمنهم من رأى أن لا يورثون الا
بينسة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يورثون أصلاً ولا بالبينة العادلة ومن قال بهذا
القول من اصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك في اهل حصن
نزوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يخرج منه انهم يتوارثون
بلا بينة لان مال الكالا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم
في ذلك وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور وذلك انهم قالوا ان
خرجوا إلى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم في أنسابهم . واما ان ادركهم
السبي والرق فلا يقبل قولهم إلا بينة ففي المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان
وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمران من لا يرث لا يحجب مثل
الكافر والمملوك واما تلي عمداً وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون ان يورثهم أعني
بأهل الكتاب وبانبياء وبالقاتلين عمداً وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب
في معنى الارث وانهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت واختلف
العلماء في الذين يقدمون في حرب أو غرق أو هدم ولا يدري من مات منهم قبل صاحبه كيف
يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لا يورث بعضهم من
بعضهم وان ميراثهم جميعاً لمن بقي من قرابتهم الوارثين أوليت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث
وبه قال الشافعي وأبو حنيفة واصحابه فيما حكى عنه الطحاوي وذهب على وعمر رضي الله
عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوي عنهم وجمهور البصريين إلى أنهم
يتوارثون وصفة تورثهم عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون
ما ورث بعضهم من بعض أعني انه لا يضم إلى مال المورث ما ورث من غيره فيتوارثون
الكل على انه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج
وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج
من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة من الالف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة
التي ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء
في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعنة

يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وأنه ليس لامه إلا الثلث والباقي لبيت المال إلا أن يكون له أخوة لام فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها والاقبال باقي لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضاً من يقول بالرد يد على الأم بقية المال وذهب على وعمبر وابن مسعود إلى أن عصبته عصبة أمه أعني الذين يرتونها وروى عن علي وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة أمه إلا مع فقد الأم وكانوا ينزلون الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى «فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث» فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فزدها الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه الحق ولد الملاعنة بأمه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولو ورثته وحديث واثلة بن الأسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تحوز ثلثة موال عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم يثل ذلك خرج جميع ذلك أبوداود وغيره * قال القاضي هذه الآثار المصير إليها واجب لأنهم قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على أن السنة تخص بها الكتاب ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في الصدر الأول واشتهر في الصحابة دليل على صحة هذا الآثار فإن هذا ليس يستلزم بانتفاء ما علم ومن مسائل ثبتت النسب الموجب للميراث اختلافهم فمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وإنكر الثاني فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئاً واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الأخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثاني وثبت النسب وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه نصف ما يبدو وكذلك الحكم عند مالك وإبي حنيفة فمن ترك ابناً واحداً فقر بأخ له خراً أعني أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث. وأما الشافعي فعنه في هذه المسألة قولان أحدهما أنه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث، والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطلولية ويجعلها مسألة عامة وهو أن كل من يجوز المال

يثبت النسب بإقراره وان كان واحداً أماً أو غير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الأولى وفي
أحاديثه في هذه المسئلة اعني القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدي عدل
وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب اصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد
الفرع وعمدة مالك وابن حنيفة ان ثبوت النسب هو حق متعدد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه
الا بشاهدين عدلين واما حفظه من الميراث الذي بيد المقر فاقراره فيه امل لانه حق اقرب به على
نفسه والحق ان القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وانه لا يجوز له بين الله
تعالى وبين نفسه ان يمنع من يعرف انه شريك في الميراث حفظه منه . واما عمدة الشافعية في
اثباتهم النسب بإقرار الواحد الذي يجوز الميراث فالسمع والقياس أما السماع فحديث مالك عن
ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهداً الى أخيه
سعد بن أبي وقاص ان ابن وليدة زمعة مني فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذ سعد بن
أبي وقاص وقال ابن أخي قد كان عهداً الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي
ولد علي فراشه فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي
قد كان عهداً الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هؤلك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لراى من شبهه بعتبة بن
أبي وقاص قال فما رآها حتى لقي الله عز وجل فتضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازعه وأما أكثر
الفتهاء فقد أشكل عليهم . ثم معنى هذا الحديث لخروجه عن الاصل المجمع عليه في
اثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث انه أثبت نسبه بإقرار
أخيه به والاصل أن لا يثبت نسب الا بشاهدي عدل ولذلك تأول الناس في ذلك
تأويلات فمالت طائفة انه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لانه يمكن ان
يكون قد علم ان تلك الامة كان بطوًها زمعة بن قيس وانها كانت فراشاً له قالوا ومما يؤكّد
ذلك انه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فممكن أن لا يخفى
عليه امرها وهذا على القول بان للقاضي ان يقضى بعلمه ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك
لانه لا يقضى القاضي عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعي على قوله الا آخر أعني الذي لا يثبت
فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا انما أمر سودة بالحجبة احتياطاً للشبهة الشبهة لا أن ذلك

كان واجبا وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان الزوج ان يحجب الاخت عن اخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام : هولاك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابنيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوي انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هولاك يا عبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ما هو به الملاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام بحكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر . وأما المعنى الذى يعقده الشافعية في هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة ير يدان الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه وانفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم الا فى الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشذوقهم فقالوا يلحق ولد الزنا فى الاسلام أعنى الذى كان عن زنا فى الاسلام وانفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش فى أقل من ستة أشهر إمام من وقت العمد وإمام من وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقتها واعتزلها واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالولد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعي أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله ان يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعي الى ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأنت بولد ستة أشهر من وقت العمد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أنت به لست ستة أشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هي فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بما كان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه السلام : الولد للفراش وكأنه يرى أن هذا بعد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب فى اثبات النسب بالنافقة وذلك عندما يبطأ رجلان فى طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ويتصور الحكم ايضا بالقافة فى اللقيط الذى يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء

الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والاوزاعي وأبي الحكم بالقافة الكوفيون وأكثر
 أهل العراق والحكم عنده هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولداً كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن
 لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطاً او كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الامة
 أو الحرة بطؤها رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز ان
 يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب أبي حنيفة يجوز ان يكون ابناً لثلاثة
 ان ادعوه وهذا كله تخليط وإبطال للعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه
 مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية عن استلاطهم أي
 عن ادعاهم في الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولداً امرأة قد عاقتا فظفر اليه فقال القائف
 لقد اشترى كافي فضر به عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا لاحد
 الرجلين يأتيني في ابل لا هلهة فلا يفارقها حتى يظن ونظن انه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها
 فاهربقت عليه دما ثم خلف هذا عليها تعني الآخر فلا أدري أيهما هو فكبر القائف فقال عمر
 للعلام والأيهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحض من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد
 منهم هو كالأجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ
 ويقال له والأيهما شئت ولا يلحق واحداتين وبه قال الشافعي وقال أبو ثور يكون ابناً لهما
 اذا زعم القائف انهما اشترى كافي وعند مالك انه ليس يكون ابناً لثنتين لقوله تعالى «يا أيها الناس
 انا خلقناكم من ذكروا أنثى» واحتج القائلون بالقافة أيضاً بحديث ابن شهاب عن عروة عن
 عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً أتبرق أسارى ووجهه فقال ألم تسمعي
 ما قال محرز المدلجي لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذه الأقدام بعضهما من بعض قالوا
 وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا يخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون
 فقالوا الاصل أن لا يحكم لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام
 الولد للفراش فاذا عدم الفراش أو اشترى كافي الفراش كان ذلك بينهما وكانهم رأوا ذلك بنوة
 شرعية لا طبعية فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل أن لا
 يجوز وقوع ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال
 الشافعي لا يقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول الشافعي
 والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين
 فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال أبو عمر بن عبد البر في هذا

حديث حسن من عند أخذه جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواد الثوري عن صالح
ابن حي عن الشعبي عن زيد بن أرقم قال كان علي باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر
واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد الذي
أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأعجبه ونحك حتى
بدت نواجذه وفي هذا القول انفاذاً للحكم بالإنافة والحق الولد بالقرعة واختلفوا في ميراث
القاتل على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القاتل أصلاً من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم
الأقل وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ إلا من الدية
وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بأمرو واجب أو بغير واجب
مثل أن يكون من إقامة الحدود وبالجملة بين أن يكون ممن يثم أولاً يثم * وسبب الخلاف
معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصالحى وذلك أن النظر المصالحى يقتضى أن لا يرث
لثلاث يتذرع أناس من الموارث إلى القتل وأسابع الظاهر والتعبد يوجب أن لا يثبت إلى ذلك
فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع وما كان ربك نسياً كما تقول الظاهرية
واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم بعمد موت موروثة المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك
أن كان موروثة على غير دين الإسلام فقال الجمهور إنما يعتبر في ذلك وقت الموت فن كان
اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده
وكذلك أن كان موروثة على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه
ضرورة سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة
المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى
الله عليه وسلم: أيمادار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيمادار أو أرض
أدركم الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام ومن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسم في ذلك
الوقت بحكم الإسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسم بحكم الإسلام
وروى من حديث عطاء أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فممن أعتق
من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال
القاضي ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب إما بنسب أو بصر أو بلاء وكان قد

قيل في الذي يكرن بالنسب والصهر فيجب ان تذكرها هنا الولاء ولمن يجب ومن يجب فيه
من لا يجب وما أحكمه .

هـ (باب في الولاء)

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الأصول لهذا الباب .
المسألة الأولى : أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولأهله وأهله يرثه
إذا لم يكن له وارث وأنه عصبه له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق
عن نفسه فلم يثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة : إنما الولاء لمن أعتق واختلفوا إذا
أعتق عبده عن غيره فقل مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر المعتق وقال أبو حنيفة والشافعي
أن أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وإن أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للمعتق
وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لمن أعتق وقوله عليه الصلاة
والسلام : الولاء لعمه كالحمة بالنسب قالوا فهم يحرر أن يلتحق نسب بالحر بغير إذن فكذلك
الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب أن يكون الولاء له
أصله إذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه فقدم ملكه إياه فأشبهه التوكيل ولذلك
اتفقوا على أنه إذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعندما ملكه من قبل لعبده أنت حر
لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق .

المسألة الثانية : اختلف العلماء فبين أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال
مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولأهله وقال أبو حنيفة وأصحابه له ولاؤه إذا واه
وذلك أن من مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلاً آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له أن ينصرف من
ولائه إلى ولاء غيره ما لم يعقل عنه وقال غيره بنفس الإسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة
الطائفة الأولى قوله صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق وإنما هذه هي التي يسمونها
الحاصرة وكذلك الألف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصاً
بالحكوم عليه لا بشاركه فيه غيره أعني أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق
فقط المباشر وعمدة الحنفية في إثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى «ولسكل جعلنا أموالاً مما
ترك الوالدان والأقربون» وقوله تعالى «والذين عاقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم» وحجة من
قال الولاء يكون بنفس الإسلام فقط حديث تميم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن المشرك يسلم على يدي مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته وقضى به

عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الأول أن قوله تعالى «والذين عاهدت أيمانكم» منسوخة بآية المواريث وإن ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الا ولاء السائبة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا أن يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له أن يجعل ولاؤه حيث شاء وإن لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان إبراهيم والشعبي يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها : وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصراني قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيدته فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وأنه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يخلعوا انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك انفقوا انه اذا اعتق النصراني الذمي عبده النصراني قبل ان يسلم احدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاد اليه وإن كانوا اختلفوا في الخري يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان اليه مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال أبو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبدان يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف وخالف أشهب مالك فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه ابدأ وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لأن مالك اعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصاري ان يسترى بعضهم بعضاً ولا من دين اليهود فيما يعتقونه في هذا الوقت ويرغمون انه من ملهم .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اجمع جمهور العلماء على ان النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بأنفسهن او ما جرائهن من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب مثل مدق معتقها

او ابن معتقها وانهم لا يرثن معتق من يرثه الا ما حكى عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء ما اعتقت بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه موروثها قياساً على الرجل وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى وهو ارفع مراتب القياس وانما الذي يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق او كان من سبب قوى من اسبابه وهم العصبية

قال القاضي واذا قدر رهن له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر في ترتيب اهل الولاء في الولاء فمن اشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين او ابنين ثم مات احدا الاخوين وترك ابنا واحدا لابنين فقال الجمهور في هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنته وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنته بخلاف الميراث لان المحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للمعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت في هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بحجر الولاء وصورتها أن يكون عبده بنون من امة فاعتقت الامة ثم اعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا اعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا لم عس المولود الرق في بطن امه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لموا الى الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يحجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يحجر فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم الى أنه يحجروه قال علي رضي الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يحجرون ولاءه وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثاني أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يحجر ولاء حفدته اذا كان أبوه عبداً إلا أن يعتق الاب وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتقدوا في ذلك على أن ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثاني

أن عبودية الاب هي كونه فوجب أن ينتقل الولاء الى أبي الاب ولا خلاف بين من يقول بان الولاء للعصبة فيما أعلم أن الابناء أحق من الآباء أنه لا ينتقل الى العمود الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم أقوى تعصياً من الابوة والاب أضعف تعصياً والاخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد وعند الشافعي وأبي حنيفة الجد أقعد منهم * وسبب الخلاف من أقرب نسباً وأقوى تعصياً وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصياً فاذا مات المولى الاسفل ولم يكن له ورثة أصلاً أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الاعلى وكذلك يعصب المولى الاعلى كل من للمولى الاعلى عليه ولادة نسب أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي اذا ماتت امرأة ولها ولاد وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول على بن أبي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الامصار . وهو مخالف لاهل هذا السلف لان بن المرأة ليس من عصبتها ثم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر في هذا الكتاب فممن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعنى بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الايمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فائمان ذكر من هذا الابواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع . فاما من يصح عتقه فانهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم واختلقوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المربض وحكمه فاما من أحاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الاوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روى عنه في

الرهن أنه يجوز وان احاط الدين بمال الراهن لم يحجر عليه الخا كم وعمدة من منع عتقه ان ماله في تلك الحال مستحق للفرماء فليس له ان يخرج منه شئ بغير عوض وهي العسلة التي بها يحجر الخا كم عليه التصرف والا احكام يجب ان توجد مع وجود علمها وتحجير الخا كم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العسلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثاني انه قد انقصد الاجماع على ان له ان يخطأ جاريته ويحبليها ولا يرد شيئاً مما اتفق من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الخا كم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفه هذا الحكم وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع انه لا يجوز ان يعتق غير المحتلم ما لم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه شئ من ماله الا مال الكاوا كثر اصحابه فانهم اجازوا عتقه لام ولده . واما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال اهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلاً اعتق ستة اعبده الحديث على ما تقدم . واما من يدخل عليهم العتق كرهاً فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه في احد قسميه واثان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فاما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين ، احد هما من وقع تبعض العتق منه وليس له من العبد الا الجزء المعتق ، والثاني أن يكون ملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً آمنه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حفظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل ان كان المعتق موسراً قوم عليه نصيب شريكه قيمة العبد فدفعت ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شئ وبقي المعتق بمضيه عبداً واحكامه احكام العبد وقال أبو يوسف ومحمدان كان معسراً سمي العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حفظه منه وهو حر يوم أعتق حفظه منه الاول ويكون ولاؤه الاول وبه قال الاوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين الا ان ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلوا للعبدان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أسر وأما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات ، أحدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولا بينهما وهذا خلاف فيه بينهم ، والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته ، والثالث ان يكلف العبد السعي في ذلك ان شاء ويكون الولا بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولا كله للمعتق وعمدة مالك والشافعي

حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والافتد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبي أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذه فيما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواة شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة وهو قوله والافتد عتق منه ما عتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وإن في الفاظه أيضاً بين رواه اضطراباً ومما وهن به المال يكون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية . وإمامن طريق المعنى فاعتدت المالكية في ذلك على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شيء وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق ماضى لا يجوز تبعضه فإذا كان الشريك المعتق موسراً عتق الكل عليه وإذا كان معسراً سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهي وقالوا لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان ، نوع يقع بالاختيار وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشرعية ملكه وجب أن يكون العتق بالسعي كذلك فالذي بالاختيار منه هو الكتابة والذي هو داخل بغير اختيار هو السعي واختلف مالك والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتق موسراً هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعني أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لم يرد مع عدم والبسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فأنما يجب بعد إلتلافه فاذن بنفس العتق ألتف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الإلتلاف وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لأنه قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبي حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيـل عن ابن سيرين أنه جعل حصصة الشريك في بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبه له في عبد أن العتق باطل وقال قوم لا يقوم

على المعسر الكل وبنفذ العتق فمن أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق وموسراً
أو معسراً ويتبعه شريكه وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر وهذا
كله خلاف الأحاديث ولعلمهم بتلفهم الأحاديث واختلف قول مالك من هذا في فرع
وهو إذا كان معسراً افتأخر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أسرق قيسل قوم وقيل لا يقوم
واشق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقياً يعتق عليه من عبده أنه يعتق عليه
الباقى إن كان موسراً إلا إذا ملكه بوجده لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بغيره فقال قوم يعتق
عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم لا * وإذا
ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء المجاز والعراق مالك والشافعي والثوري
والأوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو
حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول طاوس
وحمد وعمدة استدلال الجمهور أنه لم تثبت السنة في إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق
كان أخرى إن يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على
المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فإذا كان ذلك كله ملكاً لم يكن هناك ضرر *
فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعني أن لا يقع فيه تبعض
أو مضرة الشريك واحتججت الحنفية بما رواه اسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق
نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي
وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه أن رجلاً من هذيل أعتق شقياً من مملوك فقم النبي
عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها
الجمهور وصارت علمهم أولى لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة * فسبب اختلافهم
تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس * وأما الاعتاق الذي يكون بالمشقة فإن
العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والأوزاعي من مثل بعبده أعتق عليه وقال أبو حنيفة
والشافعي لا يعتق عليه وشذ الأوزاعي فقال من مثل بعبده غيره أعتق عليه والجمهور على
أنه بضمن ما قص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله أعقد حديث عمر وابن شعيب
عن أبيه عن جده أن زنباعاً وجد غلاماً له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأثنى النبي
صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما حملك على ما فعلت
فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة القرشي

الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب يختلف في صحتها فلم يبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان أحد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالترابة الا داود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قربي والذين قالوا بالعتق اختلفوا فممن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة ، أحدها أصوله وهم الآباء والاجداد والجدات والامهات وآبائهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة ، والثاني فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سفلوا وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو أنثى ، والثالث الفروع المشار كآله في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا الاب وأما أولاد فقط أو لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة . وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الاعلى والاسفل وخلقه في الاخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والحال والحالة وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم * وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام : لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتره فيعتقه خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهومة من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ الا ان يشتره فيعتق عليه وعمدة الحنفية مار وادقتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذارحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتقد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هي ضد العبودية وانه ليس يجمع معها القوله تعالى (وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً أن كل من في السموات والارض الا آتى الرحمن عبداً) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة

والعبودية التي بين المخلوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا بحال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوى الابوة في جنس الوجود أو في نوعه أعني ان الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جداً حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح ان يكون في الموجودات التي هاهنا شيء نسبته اليه نسبة الاب الى الابن بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة اشد من التباعد الذي بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعني تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها أعني نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الاب والابن والرحمة والرافة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الانسان بغير اختياره: وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالسماح وذلك ان الفقهاء اختلفوا فمن أعتق عبيد آله في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فمات مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسّموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم وخالف أشهب وأصبيغ مالكا في العتق المبطل في المرض فماتوا جميعاً نعم القرعة في الوصية وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المدبر ولا خلاف في مذهب مالك ان المدبرين في كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبطل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعي وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلاً عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضاً بالقرعة بعد ان يحير وأعلى القسمة أثلاثاً وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلاً سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلاً أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخاري

ومسلم مسنداً وأرسله مالك وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق
الآحاد إذا خالفها الأصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم
العتق تماماً فلو كان له مال لنفذ باجماع فإذا لم يكن له مال وجب أن ينقل لكل واحد منهم بقدر
الثلث الجزئ فعمل السيد فيه وهذا الأصل ليس بيننا من قواعد الشرع في هذا الموضع وذلك أنه
يمكن أن يقال أنه إذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين
وقد ألزم الشرع ببعض العتق أن يتم عليه فلما لم يمكن هاهنا أن يتم عليه جمع في أشخاص
بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد انقضت إلى هذا الأصل وهو تبعيض
العتق فذلك كان الأولى أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد
منهم هو حق لله فوجب أن يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس واختلفوا في مال العبد
إذا اعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تتبع له وبالاول قال ابن مسعود
من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة واثوري وأحمد واسحق والثاني قال ابن عمر وعائشة
والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال من أعتق عبداً أماله له إلا أن يشترط السيد ماله: وأما اللفاظ العتق فإن منها صريحاً ومنها
كناية عند أكثر فقهاء الأمصار وأما اللفاظ الصريحة فهو أن يقول أنت حر أو أنت عتق
وما تصرف من هذه هذه اللفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول
السيد لعبده لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك فهذه ينوي فيها السيد العبد هل أراد به العتق
أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب إذا قال السيد لعبده يا بني أو لامته يا بنتي أو
قال يا بني أو يا أمي فقال قوم وهم الجمهور لا تعتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذفر فقال
لوقال السيد لعبده هذا ابني عتق عليه وإن كان العبد له عشر ون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن
هذا الباب اختلافهم فمن قال لعبده ما أنت إلا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم إلا أكثر وقال
قوم هو حر وهو قول الحسن البصري ومن هذا الباب أيضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه
فاستجاب له عبداً آخر فقال له أنت حر وقال إنما أردت الأول فقبل يعتقان عليه
جميعاً وقيل ينوي وانفقوا على أن من أعتق مافي بطن أمته فهو حر دون الأم واختلفوا
فمن اعتق أمة واستثنى مافي بطنها فقالت طائفة له استثناءه وقالت طائفة هما حران واختلفوا
في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر
فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعني قول القائل لعبده أنت حر إن شاء الله وكذلك

ختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقبل الشافعي وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام: لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم إياه باليمين والفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الإيمان فيه شبيهة بإيمان الطلاق. وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا إلا أن يكون الأب عريباً ومنها اختلافهم في العتق إلى أجل فقال قوم ليس له أن يظاهرها أن كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الأوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فمن قال لعبد أن يعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم إن باعه يعتق عليه أعني من مال البائع إذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب الكتابة)

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها: أما الأركان فتلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقبة والمعقود عليه وصفاتها ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من هذه الاجناس .

(القول في مسائل العقد)

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أم مندوب إليه فقال فقهاء الأمصار إنه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكانت بهم ان علمتم فيهم خيراً) والأمر على الوجوب وأما الجمهور فأنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على التدب اثلاث تكون معارضة لهذا الأصل وأيضاً فإنه لما لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض

فأحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكة وذلك أن كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فأركان هذا العقد الثمن والمثمن والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلوما بالعلم الذي يشترط في البيوع واختلفوا إذا كان في لفظه إيهام ما قال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر في هذا طلب المغالبة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصود بالكارمة وعدم التشاح جوز فيه النحر واليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيد من جنس الربا لا يجوز بين الأجنبي والأجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعاً وعمدة من أجاز أنه ليس بين السيد وعبد ربالا أنه وماله له وإنما الكتابة سنة على حدته أو أما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة واختلفوا في هل يجوز حالة وذلك أيضاً بعد اتفاقهم على أنها يجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطعة لا كتابة وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فوضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال ليس بيده فقال الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخروا أصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد إلى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعهده الكتابة إلا أنه اشترط فيها شرطاً يتعذر غالباً فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يظأها وذلك أنه إذا لم يكن له مال حاضر أدى إلى عجزه وذلك ضدم مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجزة وأنه إذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعهده قد كاتبك على ألف درهم فإذا أديتها فانت حر أنه إذا أداها حر واختلفوا إذا قال له قد كاتبك على ألف درهم وسكت هل يكون حر أدون أن يقول له فإذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لأن اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حر حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم

ومالك فبين قال لعبدك أنت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه وأما ان قال أنت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال وثبتت الحرية والابقى عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة وبردان الى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد اعنى كتابة مثله في الزمان والتمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقدان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شيء وبعضهم حده وأما المكاتب ففيه مسائل .

احداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم فاجازها ابو حنيفة ومنعه الشافعي واللبالغ وعن مالك القولان جميعاً فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه انه يجوز بين السيد وعبده مالا يجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انها هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذ قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاً عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم الا يعتق جميعهم فيه ايضاً خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو احد قولي الشافعي وأما هل يكون بعضهم حملاً عن بعض فان فيه لمن اجاز الجمع ثلاثة اقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عند الكتابة اعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الفرر لان قدر ما يلزم واحداً واحداً من ذلك

مجهول وعمدة من اجازته ان الفرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبدده والعبد وماله لسيده واما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الاجنبيين فن رأى أن حمالة الاجنبيين في الكتابة لا تجوز قال لا تجوز في هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كانه ليس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض وانما الذي يظهر في ذلك ان هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال أيضاً ان الجمع يكون سبباً لان يخرج حرأمن لا يتقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرأ فهو كما يعود برق من يقدر على السعي كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي وأما أبو حنيفة فشبهها بحمالة الاجنبي مع الاجنبي في الحقوق التي تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا أيضاً لا يجوز حمالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه والاول قال مالك والثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد والثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي له قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك انه لو جاز ذلك لادى الى ان يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه وذلك لا يجوز الا في تبعض العتق ومن رأى أن له أن يكتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة اذا كان موسراً فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لا يوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل أن لا يوافقه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذ منه الشريك الثاني نصيبه ويرجع بالباقي على العبد فيسمى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول وأما هل تجوز مكاتبته من لا يتقدر على السعي فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قوياً على السعي لقوله تعالى (ان علمهم فيهم خيراً) وقد اختلف العلماء ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله ان علمهم فيهم خيراً فقال الشافعي الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم

لحديث بريرة أنها كوتبت على أن تسأل الناس وكره مالك أن يكتب الامة التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بنية رق الأم الولد اذ ليس له عند مالك أن يستخدمها

* (القول في المكاتب) *

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكتب عبده أم لا وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكتب العبد المأذون له في التجارة لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا يجوز كتابة من أحاط الدين بماله إلا أن يجزى الغرماء ذلك إذا كان في ثمن كتابته أن يبعث مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فاتها عنده في الثالث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كالمعتق سواء وقد قيل إن حابي كان كذلك وإن لم يحاب سعى فإن أدى وهو في المرض عتق ويجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أعني المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الأحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الأحكام الأولى في هذا العتد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل وتميز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الأحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الأجناس الخمسة .

* (الجنس الأول) *

فأما متى يخرج من الرق فاتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أدى جميع الكتابة واختلفوا إذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عتد ما بقي عليه من كتابته شيء وإنه يرق إذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة ، والثاني أنه يعتق منه قدر ما أدى ، والثالث أنه يعتق إن أدى النصف فأكثر ، والرابع أن أدى الثلث والاف هو عتد وعمدة الجمهور ما أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال أئمة عبد كاتب على مائة أوقية فاداهالا عشرة أواقى فهو عبد وأئمة عبد كاتب على مائة دينار فاداهالا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياها بالبيع فكان أن المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه إلى أجل وقدمات وعمدة من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤدى المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر ما راق منه دية عبد خرج النسائي والخلاف فيه من قبل عكرمة كما أن الخلاف في أحاديث عمرو بن شعيب من قبل أنه روى من صحيفة وهذا القول قال على أعني بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب أنه إذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول إذا أدى الثلث وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة فالظاهر أن التقدير إذا صدر منهم أنه محمول على أن في ذلك سنة بلغتهم وفي المسئلة قول خامس إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق وبقى غريما في باقي المال وقد قيل أن أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والأشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو أن أدى اعتقه فقهاء إلا مصار وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك في موطئه وأيضا فهو أحوط لأموال السادات ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له إذا افلس المشتري .

(الجنس الثانى)

وأما متى يرق فإنهم اتفقوا على أنه إنما يرق إذا عجز أئمة عن البعوض وأما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم ، واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه إذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك إلا بسبب فقال الشافعي الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي في حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن العبد والسيد لا يخلو أن يتفقا على التعجز أو يختلفا فإذا اختلفا فاما أن يريد السيد التعجز ويأباه العبد أو بالعكس أعني أن يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجز وأما إذا اتفقا على التعجز فلا يخلو الأمر من قسمين ، أحدهما أن يكون دخل في الكتابة ولد أولا يكون فإن كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجز وإن لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان ، أحدهما أنه لا يجوز إذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والآخرى أنه يجوز له ذلك فأما أن طلب العبد التعجز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد أن كان معه مال أو كانت له قوة على

السعى واما ان اراد السيد التمجيز واباه العبد فانه لا يحجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان
يثبت السيد عند الحاكم كما انه لا مال له ولا قدرة على الاداء ورجع الى عمدا دلتهم في اصل
الخلاص في المسئلة فعمدة الشافعي ما روى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها اني اريد ان
تشتريني وعتقتني فتالت لها ان اراد اهلك فجاءت اهلها فباعوها وهي مكتوبة خرجت بالبخاري
وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولا ن حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون
كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها او الخيار مستويا في الطرفين واما
ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخرج عن الاصول وعللوا
حديث بريرة بان الذي باع اهلها كانت كتابتها لارقتها والحنفية تقول لما كان المقلب في
الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد أصله
النكاح لانه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة
والمالكية تعترض هذا بان تقول انه عقد لازم فيما وقع به الموضع اذ كان ليس له ان
يسترجع المصداق

* (الجنس الثالث) *

وأما حكمه اذ مات قبل ان يؤدي الكتابة فاتفقوا على انه اذ مات دون ولد قبل ان يؤدي من
الكتابة شيئا انه يرق واختلفوا اذ مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك ما لافيه
وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى
يعجزوا أو يعتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى ربقوا وانه ان فضل عن
الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه ليس يرثه الا ولده الذين هم في
الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة وقال أبو
حنيفة انه يرثه بعد اداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا
في الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعي لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين
كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وماله لسيدوه وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا
من الكتابة في مقدار حظوظهم منها وتسقط حصص الاب عنهم وبسقوط حصص الاب عنهم
قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعي
وقيل بالنظر وقيل حصته على مقدار الرأس وانما قال هؤلاء بسقوط حصص الاب عن

الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له في الكتابة لان من ولده اولاد في الكتابة فهم تبع لا بهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي وعمدة الفريق الثاني ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطنه مثل قول الكوفيين * وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتباً وعند أبي حنيفة انه يموت حراً وعند الشافعي انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات المكاتب فليس حراً بعد لان حر بنه انما يجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقي انه مات عبداً لا نه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه لا نه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصله له بوجود المال لا بدفعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الا حراً منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الا حراً والمستثناة في حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدر ون على السمي وادارت الام ان تسمى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان ام الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة اليها والى بنها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السمي وترك أم ولد لا يستطيع السمي انها تباع ويؤدي منها باقي الكتابة وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والارقت وقال أشهب يعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا اولاد وفي الكتابة وانما عليهم السمي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حراً ولا بد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان .

* (الجنس الرابع) *

وهو النظر فيما يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على

دخول ما ولد له في الكتابة فيها واختلفوا في أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعي يدخل بالشرط أعني اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك

* (الجنس الخامس) *

وهو النظر فيما يحجز فيه على المكاتب مما لا يحجز وما بقي من أحكام العبد فيه فنقول انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشبهها أعني انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهيته أو بعته الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً وعمدة من أجازوه ان السبب المنع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد * وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فن قال من شرط الصحة لم يحجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عتداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو اذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا اذن السيد فن الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم ياذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعاً والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولا عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يحجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيدان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده وابع بعضهم النكاح له واما السفر فباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وابعه سحنون من اصحاب مالك ولم يحجز للسيدان بشرطه على المكاتب واجازه ابن القاسم في السفر

القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريرة الى عجزه والعلة في جواز السفران به يقوى على التكسب في أداء كتابته وبالجملة فالعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال، احدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له ان يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان يطلق عقد الكتابة له ان يسافر الا ان يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرهما من هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكتب عبداً له فجاز ذلك مالك ما لم يرد به المحابة وبه قال أبو حنيفة والثوري والشافعي قولان، احدهما اثبات الكتابة، والاخر ابطالها وعمدة الجماعة انها مقدمة معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبهه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولا أعلن اعتق ولا ولا للمكاتب لانه ليس بحر وافقوا على أنه لا يجوز للسيد ان نزاع شئ من ماله ولا الا تنفيع منه بشئ واختلفوا في وطء السيد امته المكاتبه فصار الجمهور الى منع ذلك وقال احمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء تنفع الفرقة فيه الى اجل آت فاشبهه النكاح الى اجل وعمدة الثوري يقر الثاني تشبيهها بالمدرسة واجمعوا على انها ان عجزت حل وطؤها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حدام لا فتال جمهورهم لا حد عليه لانه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا في ايجاب الصداق لها والعلما فيما أعلم على انه في احكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فتال الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتربه وقال بعضهم بيعه جائز ما لم يؤد شيئا من كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئا وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعي لان الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد واحسب بحديث بريرة اذ بيعت وهي مكاتبه وعمدة من لم يجوز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد وقدم الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم ام لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فتال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ذلك واجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن اجاز ذلك شبهه ببيع الدين ومن لم يجوز ذلك رآه من باب الفرر وكذلك شبهه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين وفي ذلك أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم : اعني في الشفعة في الدين ومذهب مالك في بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين وان

كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب او فضة معجلين او بعرض مخالف واذا اعتق
فولاءه للمكاتب لا للمشتري ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجير عبده على
الكتابة أم لا .

واما شروط الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر اركان
الكتابة ومنها شروط بحسب التراضي وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها
افسد العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة
وهذه كلها هي مبسوطه في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب
اصول والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في
العقد والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها
فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيها هو منها شرط من
شروط الصحة وليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة
ولذلك جعل مالك جنساً للثامن الشروط وهي الشروط التي ان تمسك بها المشتري فسد العقد
وان لم تمسك بها جاز وهذا ينبغي ان نفهمه في سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة في هذا
الباب اذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة او سفر او نحوه وقوى على اداء نجومه قبل محل
أجل الكتابة هل يعتق ام لا فقال مالك وجماعة ذلك ان شرط باطل ويعتق اذا ادى جميع
المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ويأتى بذلك الشرط وهو مروي عن
عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد
ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على ان يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة
تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في
اصول هذا الكتاب وههنا مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب اخر وذلك انها
اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره
ذكرت على انها اصول ولذلك كان الاولى ذكرها في هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا
زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعي ينسخ النكاح
لانها ملكت جزءاً منه وملك عين المرأة محرم عليها باجماع وقال ابو حنيفة يصح النكاح لان
الذي ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقة المكاتب وهذه المسئلة هي أحق بكتاب
النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل

يخاص سيده الغرماء ام لا فقال الجمهور لا يخاص الغرماء وقال شريح وابن أبي ليلى وجماعة بضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يفتقر ما يده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعي وابو حنيفة لا سبيل لهم الى رقبته وقال الثوري واحمد يأخذونه الا ان يقتكه السيد وانفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنائيات انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل يخاص سيده الغرماء او لا يخاص هو من كتاب التفليس والقول في جنائيته وهو من باب الجنائيات ومن مسائل الاقضية التي هي فروع في هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياساً على المتابعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهي قرية من المسموع فينبغي ان ثبت في هذا الموضع اذ كان القصد اعماها واثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير ما مرة اعماها وان ثبتت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم او لم ينقل وبشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم اصول الاسباب التي اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل اعني ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا قل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى او لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب اصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحو روم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب ان نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لأصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الاصول للتفرع عليها وهذا هو الذي عمل به ابن القاسم في المدونة فانه جاب فيها لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في

الاحكام والفتوى بيدان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من اصول الفقه ما يكفي في ذلك ولذلك رأينا ان اخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب « بداية المجتهد وكفاية المقتصد » .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب التدبير)

والنظر في التدبير في اركانه وفي احكامه . اما الاركان فهي اربعة المعنى واللفظ والمدير والمدير .
واما الاحكام فصنفان احكام العقد واحكام المدير .

﴿ الركن الاول ﴾

فنعول اجمع المسلمون على جواز التدبير وهو ان يقول السيد لعبدك انت حر عن دبر منى او يطلق فيقول انت مدير وهذا انهما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بان جعل التدبير لا زما والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية او حكم التدبير اعني اذا قال انت حر بعد موتى فقال مالك اذا قال وهو صحيح انت حر بعد موتى فظاهر انه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الا ان يريد التدبير وقال ابو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول أبي حنيفة قال اشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل ان يكون على سفر او يكون مريضاً وما شبه ذلك من الاحوال التي جرت العادة ان يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الناطق صريح التدبير . واما على مذهب من يفرق فهو امان كنيات التدبير واما ليس من كنياته ولا من صريحه وذلك ان من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كنياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وبنويعه في الوصية فهو عنده من كنياته . واما المدير فانهم اتفقوا على ان الذي يقبل هذا المقدم هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه واختلفوا في حكم من ملك بعضا فدبره فقال مالك يجوز ذلك وللذي لم يدبر

حظه خياران، أحدهما ان يتقاومانه فان اشتراه الذي دبره كان مدبراً كله وان لم يشتره انتقض التدبير، والخيار الثاني ان يقومه عليه الشريك وقال ابو حنيفة للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسعى العبد في قيمة الخصة التي له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسراً استسعى العبد وقال الشافعي يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه او ثلثه على ما هو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هي من الاحكام لا من الاركان اعني احكام المدبر فلتثبت في الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على ان من شرطه ان يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً او مريضاً وان من شرطه ان لا يكون ممن احاط الدين بماله لانهم اتفقوا على ان الدين يبطل التدبير واختلّفوا في تدبير السفيف فهذه هي اركان هذا الباب . وأما احكامه فأصولها راجعة الى اجناس خمسة : أحدها ما اذا نخرج المدبر هل من رأس المال او الثلث، والثاني ما يبقى فيه من احكام الرق مما ليس يبقى فيه اعني ما دام مدبراً، والثالث ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه، والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه، والخامس في احكام تبعيض التدبير .

٥ (الجنس الاول) ٥

فأما ما اذا نخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم اهل الظاهر فمن رأى انه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : المدبر من الثلث الا انه اثر ضعيف عندها من الحديث لانه رواه علي بن طبيان عن نافع عن عبد الله بن عمرو عن علي بن طبيان متروك الحديث عندها من الحديث ومن رأى انه من رأس المال شبهه بالشيء يخرج به الانسان من ماله في حياته فأشبهه الهبة واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلامه في تحته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاماً ما آخر فضايق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق المبطل لانه لا يجوز له رده ومن اصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي احق بكتاب الوصايا .

(وأما الجنس الثاني)

فأشهر مسألة فيه هي هل للمدبر ان يبيع المدبر ام لا فقال مالك وابو حنيفة وجماعة من اهل الكوفة ليس للسيد ان يبيع مدبره وقال الشافعي واحمد واهل الظاهر وابو ثور له ان يرجع في بيع مدبره وقال الاوزاعي لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف ابو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال ابو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشتري او لم يعتقه وهو اقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدته من اجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً ورعاً شبهه بالوصية . واما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » لانه عتق الى اجل فاشبهه بالولد واشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص او العموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المدبر احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعي كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بالولد ومن لم يحز ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطء المعتقة الى اجل شبهها بالمنكوحه الى اجل وهي المتعة وانفقوا على ان للسيد في المدبر الخدمة ولسيده ان ينزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الا ان يمرض مرضاً يخوف فيكره له ذلك .

(الجنس الثالث)

فأما ما يتبعه في التدبير عم لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح او زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتهما ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند اصحابه انهم لا يعتقون بعتهما واجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون بعتهما وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا في العتق المنجز فاحرى ان لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضا باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا ان التدبير حرمة ما فوجبوا اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول ونخصيل مذهب مالك في هذا ان كل

أمرأة فولد لها تبيع لها ان كانت حرة فخر وان كانت مكاتبه فمكاتب وان كانت مدبرة فدبر أو معتقة الى اجل فعتق الى اجل وكذلك ام الولد ولدها بمنزلتها وخالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك واجمع العلماء على ان كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجهما عربي وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين انه تابع لآبيه ان حراً فحر أو ان عبداً فعبداً وان مكاتباً فمكاتباً واختلفوا في المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعني انه مدبر وقال الشافعي وابو حنيفة ليس يتبعه ولده في التدبير وعمدة مالك الاجماع على ان الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية ان ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انزاعه منه وليس يسلم لدانه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

(الجنس الرابع)

واما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فممن دبر حظاً له في عبده دون ان يدبر بشر يكره ونقله الى هذا الموضع أولى فلينتقل اليه . واما من دبر جزاً من عبده هوله كله فانه يقتضى عليه بتدبير الكل قياساً على من بعض العتق عند مالك .

(وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير)

فمن هذا الباب اختلافهم في ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال ابو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقاً للقيمة او لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبداً له نصرانياً فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخرج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب أمهات الأولاد)

واصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا وإن كانت لا تباع ففي تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد ولا يبقى فيها السيدها من أحكام العبودية ومتى تكون حرة .
 أما المسئلة الأولى في أن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بأنها لا تباع وإنها حرة من رأس مال سيدتها إذا ماتت وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار وكان أبو بكر الصديق وعلي رضي الله عنهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدري يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار وقال جابر وأبو سعيد كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الإجماع وذلك أنهم قالوا لما انعقد الإجماع على أنها مملوكة قبل الولادة وجب أن تكون كذلك بعد الولادة إلى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب الأصول قوة هذا الاستدلال وأنه لا يصح عند من يتول بالقياس وإنما يكون ذلك دليلا بحسب رأي من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك أنهم يقولون ليس تعرفون أن الإجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فإذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الإجماع بعد وضع الحمل إلا أن المتأخرين من أهل الظاهر اختلفوا في هذا الأصل نقضا وذلك أنهم لا يسمون منع بيعها حاملا ومما اعقده الجمهور في هذا الباب من الآثار ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت إبراهيم : اعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إنا امرأة ولدت من سيدتها فأنها حرة إذا ماتت وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن وربما قالوا أيضا من طريق المعنى أنها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضي الله عنه حين رأى أن لا يبيع فقال خالطت لحومنا

لحومهن ودماءهن وامامتى تكون ام ولد فانهم اتفقوا على انها تكون ام ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهى حامل منه او بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون ام ولد اذا ولدت منه قبل ان يملكها ثم ملكها وولدها وقال ابو حنيفة تكون ام ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهى حامل والقياس ان تكون ام ولد فى جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء ام ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام : بعثت لاتم مكارم الاخلاق . واما بما اذا تكون ام ولد فان مالك قال كل ما وضعت مما يعلم انه ولد كانت مضغة او علقة وقال الشافعى لا بد ان يؤثر فى ذلك شئ مثل الخلقة والتخطيط واختلفا فمهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة او ما يتحقق انه مولود . واما ما يبقى فيها من احكام العبودية فانهم اتفقوا على انها فى شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالامة وجمهور من منع بيعها ليس برؤن هنها سبياً طارئة عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعى هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلا له اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعى له ذلك وعمدة مالك انه لما يملك رقبتها بالبيع لم يملك استجارتها الا ان يدبرى ان اجارة بينهما من غير جائزة لان حرمتهم عنده اضعف وعمدة الشافعى انه قد اجماع على انه يجوز له وطؤها . فسبب الخلاف تردد اجارتها بين اصليين احدهم وطؤها والثانى بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصليين شيها . وامامتى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان ذلك الوقت هو اذ مات السيد . ولا أعلم الا ان أحداً قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الجنائيات ﴾

والجنائيات التى لها حد ودمشروعة اربع جنائيات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلًا وجرحًا وجنات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنائيات على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمي حرابه اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمي بغيا وما خوذاً على وجه المغافسة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلوم مرتبة وقوة سلطان سمي

غصبا وجنابات على الاعراض وهو المسمى قذفا وجنابات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدى منها بالحدود التى فى الدماء فنقول ان الواجب فى اتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال وهو الذى يسمى الدية فإذا النظر اولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر فى القصاص والنظر فى الدية والنظر فى القصاص ينقسم الى القصاص فى النفوس والى القصاص فى الجوارح والنظر ايضا فى الديات ينقسم الى النظر فى ديات النفوس والى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح فينتسم اولا هذا الكتاب الى كتابين اولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثانى يرسم عليه كتاب الديات .

﴿ كتاب القصاص ﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر فى القصاص فى النفوس والثانى النظر فى القصاص فى الجوارح فلنبدأ من القصاص فى النفوس .

• (كتاب القصاص فى النفوس) •

والنظر اولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر فى الموجب اعنى الموجب للقصاص والى النظر فى الواجب اعنى القصاص وفى ابداله ان كان له بدل فلنبدأ اولا بالنظر فى الموجب والنظر فى الموجب يرجع الى النظر فى صفة القتل والقاتل الذى يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أى قاتل انفق يقتص منه ولا باى قتل انفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدودو يقتل محدود ومقتول محدود اذا كان المطلوب فى هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر فى القاتل ثم فى القتل ثم فى المقتول .

* (القول فى شروط القاتل) *

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه بشرط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغاً مختاراً للقتل مباشر غير مشارك له فيه غيره واختلّفوا فى المسكر والمكره وبالجملة الاً حر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو حنيفة والحنابلة والقتل على المباشر دون الاً حر ويعاقب

الآمر وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهذا إذا لم يكن هنالك إكراه ولا سلطان للآمر على المأمور
وأما إذا كان للآمر سلطان على المأمور أعني المباشر فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال
فقال قوم يقتل الآمر دون المأمور ويعاقب المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولي
الشافعي وقال قوم يقتل المأمور دون الآمر وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتلان جميعاً وبه
قال مالك فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات
في الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار
وذلك أن المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذي يسقط من
علو والذي تحمله الریح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور بالا إكراه
ولا الآمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التي لا تنطق ومن
رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الآلة بالاستعارة وقد اعتمدت
المانكية في قتل المكره على القتل بالمثل باجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم
يكن له أن يقتل انساناً فياً كله وأما المشارك للقاتل عمداً في القتل فتدبر القتل عمداً وخطأً
وقد يكون القاتل مكفأً وغير مكف وسند كرمه عند قتل الجماعة بالواحد وأما إذا اشترك
في القتل عامد ومخطئ أو مكف وغير مكف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل
عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد
القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية إلا أن مالكاً يجعله على العاقلة والشافعي في ماله
على ما يأتي وكذلك قالوا في الحر والعبد يقتلان العبد عمداً أن العبد يقتل وعلى الحر نصف
القيمة وكذلك الحال في المسلم والذي يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب
عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية
وعمدة الحنفية أن هذه شبهة فان القتل لا يتبعض ويمكن أن تكون إقانة نفسه من فعل الذي
لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود
بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر الى المصلحة التي
تقتضي التغليظ لحوطة الدماء فكان كل واحد منهما اقرب بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف
في القياس . وأما صفة الذي يجب به القصاص فانفتوا على أنه العمد وذلك أنهم أجمعوا على أن
القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يسمونه شبه العمد
فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك تقيده الا في الابن مع أبيه وقد قيل انه يتخرج

عنه في ذلك روايه أخرى وبإثباته قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة ولا يخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيها هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الاغلب الى الآلات التي بها يقع القتل والى الاحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد من التصيب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضرراً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن فعمدة من نفي شبه العمدة لا واسطة بين الخطأ والعمد أعني بين أن يقصد القتل أولاً يقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أعني حكم من قصد القتل قتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ هذا في حتمنا لا في حق الآخر في نفسه عند الله تعالى أما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضرب به وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: الا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر دية معقظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاستناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبت به القصاص وعند من أثبتته نجب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الادب لمن أبيع له الادب . وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً لدم القاتل والذي به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والانثوية والواحد والكثير وانفقوا على ان المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل في هذه الاربعه انه يجب القصاص واختلفوا في هذه الاربعه اذا لم تجتمع أما الحر اذا قتل العبد عمداً فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو نوري لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي فن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى « كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه

الصلاة والسلام: المسلمون تتكافأ مأثمهم ويسمى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم
 * فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضيع ولا خلاف بينهم ان
 العبد يقتل بالحر وكذلك الا نقص بالا على ومن الحجة أيضاً لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه
 الحسن عن سفره ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه به ومن طر يق المعنى قالوا
 ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر. وأما قتل
 المؤمن بالكافر الذي اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر
 ومن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به ومن قال بذلك أبو حنيفة
 وأصحابه وابن أبي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا ان يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه
 فيذبجه وبخاصة على ماله فعمدة الترياق الاول ما روى من حديث على انه سأله قيس بن
 عباد والاشتر هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده الى الناس قال لا الا
 ما في كتابي هذا وأخرج كتاب من قرأ بـسيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ مأثمهم ويسمى
 بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهد من أحدث
 حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خروجه أبو داود وروى أيضاً
 عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر
 واحتجوا في ذلك باجماعهم على انه لا يقتل مسلم بالحرابي الذي آمن وأما أصحاب أبي حنيفة
 فاعتمدوا في ذلك آثاراً منها حديث يرويه ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني
 قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال أنا
 أحق من وفي بعده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص للعموم قوله عليه الصلاة والسلام
 لا يقتل مؤمن بكافر أي انه اريد به الكافر الحرابي دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث
 حديث عبد الرحمن السلماني وما روى من ذلك عن عمرو وأما من طريق القياس فانهم اعتقدوا
 على اجماع المسلمين في ان يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمي قالوا فاذا كانت حرمة ماله
 كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه * فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس وأما
 قتل الجماعة بالواحد فان جمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو
 حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال
 عمر حتى روى انه قال لو تم لا عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل
 الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر وكذلك عند هذه

الطائفة لا تقطع ايديها حتى اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الا نفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتي هذا في باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي القتل كما نبيه عليه الكتاب في قوله تعالى «ولكم في القصاص حياة يا اولي الاباب» واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احدا فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن انلاف النفس غالباً على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين» واما قتل الذكرا بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه اجماع الاما حكى عن علي من الصحابة وعن عثمان البتي انه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضي ابو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري انه لا يقتل الذكرا بالانثى وحكاها الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوي لقوله تعالى (والانثى بالانثى) وان كان يعارض دليل الخطاب ها هنا انعموم الذي في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد في غير شر يعتنا وهي مسألة مختلف فيها أعني هل شرع من قبلنا شرع لنا ام لا والا عماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب في الاب والابن فمالك لا يقاد الاب بالابن الا ان يضمه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف او عصي فقتله لم يقتل وكذلك الجد عند مع حفيد وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري لا يقاد الوالد بولد ولا الجد بحفيدة اذا قتله باى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قال: لا تقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما روي عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ان رجلاً من بني مدج يقال له قتادة حذف ابناً له بالسيف فاحاب ساقه فترى جرحه فمات فتقدم سراقه بن جعشم على عمر ابن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قيد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأر بعين خليفة ثم قال ابن أخو المقتول فقال ها انا اقال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شيء فان

مال كاحمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضاً وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمداً لاجتماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمداً . وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له ان يحمل القتل الذي يكون في أمثال هذا الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يثبتهم اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يثبتهم الاب حيث اتهم الاجنبي لقوة المحبة التي بين الاب والابن والجمهور انما عللوا ردع الحد عن الاب لما كان حقه على الابن والذي يجبي على اصول أهل الظاهر أن يقادف هذا القول في الموجب

﴿ وأما القول في الموجب ﴾ فانفقوا على ان لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو اما على الدية واما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه أم لا ثبت الدية الا بتراضى الفريقين أعنى الولي والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقاً أو العفو فقال مالك لا يجب للولى الا أن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى المقتص منه باعطاء الدية القاتل وهي رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجماعة وقال الشافعي وأحمد وأبو نؤر وداودوا كثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغير دوى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية رضى اقاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هي الرواية الاولى فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثماني حديث أبي هريرة اثبات من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفوهما حديثان متفق على صحتها لكن الاول ضعيف الدلالة في أنه ليس له الا القصاص والثاني نص في إزالة الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجباً وممكناً فالمصير الى الحديث الثاني واجب والجمهور على أن الجمع واجب اذا أمكن وانه أولى من الترجيح وأيضاً فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله اذا وجد الطعام في مخصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه أعنى انه يقضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان

للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل الى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة قال القاضي وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدي رحمه الله فأتى أهل زمانه بالرواية المشهورة وهو أن لا ينتظر الصغير فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطرا أن يضع في ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس والنظر في هذا الباب هو في قسمين في العفو والقصاص والنظر في العفو في شيئين أحدهما فمن له العفو ممن ليس له وترتيب أهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو على الدية أم لا وقد تسكنا في هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمداً إذا كان له بنون بالافون فعفاً أحدهم أن القصاص قد بطل ووجب الدية واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو في القصاص وكذلك الزوجة أو الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص أو ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الأمر في الزوجة والزوج وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في إسقاط القصاص وفي إسقاط حفظه من الدية وفي الأخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم بالدم بالدية وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هي للذكور دون الاناث واختلف العلماء في المقتول عمداً إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الأولياء وكذلك في المقتول خطأ إذا عفا عن الدية فقال قوم إذا عفا المقتول عن دمه في العمدمضي ذلك ومن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعي وهذا أحد قولي الشافعي وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوهم وللأولياء القصاص أو العفو ومن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولي في ثلاث إما العفو وإما القصاص وإما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي إنما هو حق المقتول فناب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعدموته وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالتصدق ها هنا هو المقتول يتصدق بدمه وإنما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله فهو كفارة له ف قيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياهم وأما اختلافهم

في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوهم من ذلك في ثلثه الا أن يحيزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله ومن قال به طاوس والحسن وعمدة الجمهور انه واهب ماله بعد موته فلم يحز الا في الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو وأحرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة هي أخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجرع عن الجراحات فمات منهاهل للاولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات وعمما تؤل اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلاحق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجراح الدية كلها واختاره المزني من أقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقي منها بعد اسقاط دية الجرح الذي عفا عنه وهو قول الثوري وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه اذا كان عفوهم عن الدم لا يسقط حق الولي فأحرى أن لا يسقط عفوهم عن الجرح * واختلفوا في القاتل عمداً يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث انه يجزى مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور الا ان يكون يعرف بالشرف فيؤديه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الا الى الا أن تضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا توقيف ثابت في ذلك .

« (القول في القصاص) »

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ومن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص في النفس فان العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التي قتل فمن قتل تعريفاً قتل تعريفاً ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعي قالوا الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه بآي وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بجديدة وعمدة الفرق الاول حديث أنس أن يهوديا رضح رأس

امرأة بحجر فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص في القتلى) والقصاص يقتضى المائلة وأما من يكون القصاص فالظاهر أنه يكون من ولى الدم وقد قيل أنه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه وأما من يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار إلى القاتل في ذلك إن لم يكن مقراً واختلقوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل إذا قتلت عمداً أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها كمل كتاب القصاص في النفس واختلقوا في القاتل بالسم والجهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقتض منه من أجل أنه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يتعرض لمن سمه

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

(كتاب الجراح)

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولنبداً بما فيه القصاص والنظر أيضاً ههنا في شروط الجراح والجرح الذي به يحق القصاص والجروح وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص وفي بدله إن كان له بدل

(القول في الجراح)

ويشترط في الجراح أن يكون مكافئاً كما يشترط ذلك في القاتل وهو أن يكون بالغاً عاقلاً وبالوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف وإن كان الخلاف في مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعي ولا خلاف أن الواحد إذا قطع عضو إنسان واحداً اقتص منه إذا كان مما فيه القصاص واختلقوا إذا قطعت جماعة عضواً واحداً فقال أهل الظاهر لا تقطع يدان في يد وقال مالك والشافعي تقطع الأيدي باليد الواحدة كما تقتل عندهم النفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضها وتقتل أنفس بنفس وعندهم أن الأطراف تتبع بعض وأزهاق النفس لا تتبع بعض واختلف في الأنبات فقال الشافعي هو بلوغ بإطلاق واختلف المذهب فيه في الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والأصل في هذا كله حديث بنى قريظة أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم

من أنبت وجرت عليه المواسي كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمسة عشر سنة .

• (القول في المجرح) •

وأما المجرح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجرح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحرفانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للادنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الاحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم ثلاثة أقوال ، أحدها أن القصاص بينهم في النفس ومادونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك ، والقول الثاني انه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وانهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون مادونها به قال أبو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة التفريق الاول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين أن عبداً لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

• (القول في الجرح) •

وأما الجرح فانه يشترط فيه ان يكون على وجه العمدة أعني الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لا ينحلو ان يكون يتلف جارحة من جوارح المجرح أو لا يتلف فان كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً وأما ان جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالباً أو على وجه الادب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والادب بما لا يقتل غالباً فان أبا حنيفة يعتبر إلا^٣ له حتى يقول ان القاتل بالثقل لا يقتل وهو شذوذ منه أعني بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح مما فيه الدية وأما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من

جوارح الجرح وح فمن شرط القصاص فيه العمد أيضاً بخلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما إذا ضرب به على العضو نفسه فقطعه وضربه بالآلة تقطع العضو غالباً أو ضربه على وجهه لئلا يتركه فلا خلاف أن فيه القصاص وأما أن ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما انظر منه أنه لم يقصد انلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقا عينه فالذي عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ما له وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الأب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو في النفس لا في الجرح وأما أن جرحه فالتلف عضو على وجه اللعب ففيه قولان ، أحدهما وجوب القصاص ، والثاني بغيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعني فيما فيه دية وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد إذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجرح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صار والحمد لله لا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان في معنى هذين من الجراح التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والتخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل أن يفتقأ أعمى عين بصير واختلفوا من هذا في الأعور يفتقأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور أن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود واختلفوا إذا عفا عن القود فقال قوم أن أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له إلا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضاً منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقت عينه إلا القود أو ما اصطلاحاً عليه وقد قيل لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة عينين فمن فقاها في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه إذا ترك القودان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لا صله فتأمل فانه بين نفسه والله أعلم وأما هل

الجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له إلا القصاص فقط إلا أن يصطلحاً على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أخذ قولي مالك في الأعرور يفتأ عين الصحيح أن الصحيح بخير بين أن يفتأ عين الأعرور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

﴿ وأما متى يستقدم الجرح ﴾ فعند مالك أنه لا يستقدم من جرح إلا بعد أن دمه له وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى أن يعتبر ما يؤل إليه أمر الجرح مخافة أن يفضى إلى اتلاف النفس واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لا شيء على المقتص وروى عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو نوري وداود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتي يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الأول اجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شيء على الذي قطع يده وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ فوجب فيه الدية ولا يباذع عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه وقد قيل إن المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن وينبغي أن نصير إلى حكم الخطأ في ذلك ونبتدى بحكم الخطأ في النفس .

(كتاب الديات في النفوس)

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضاً بحسب العمد إذا رضى بها إما الفريقان وإما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها أعني في أي قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب فاما في أي قتل تجب فانهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمته المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد ذلك اختلافهم في تضمين الرأكب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الأبل

مائة من الابل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهي عند مالك في الاشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه . وأما الشافعي فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد . وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضاً دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية في العمد وإنما الواجب عنده في العمد ما اصطلاح عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ما روى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أربع وخمسون بنت مخاض وخمسون بنت لبون وخمسون حقة وخمسون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده اثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وهي الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجي بابنه وعند الشافعي انها تكون في شبه العمد اثلاثاً أيضاً . وروى ذلك أيضاً عن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو ثور الدية في العمد اذا عفا ولي الدم اخماساً كدية الخطأ واختلفوا في اسنان الابل في دية الخطأ فقال مالك والشافعي هي أخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعني التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا علي انه جعلها أربعاً أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مستند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخروج البخاري والترمذي عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكر وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيفة بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الي في ذلك الرواية عن علي لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف علي ابن مسعود وخارج أبو داود عن عمر وبن شبيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابي هذا الحديث لا أعرف أحداً من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مائة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري وهؤلاء

جعلوها خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقّة وخمساً وعشرين بنات لبون وخمساً وعشرين بنات مخاض كمار وى عن على وخرجه أبوداود واما صار الجهور الى تخميس دية الخطأ عشرون حقّة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانها لم تذكر فى اسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربع فى شبه العمدة وان ثبت هذا النوع الثالث ان يقول فى دية العمدة بالتثليث كما قدر وى ذلك عن الشافعى ومن لم يزل بالتثليث شبه العمدة بما دونه فهذا هو مشهور أقاويلهم فى الدية التى تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق فانهم اختلفوا أيضاً فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعى بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الاقيمة الابل بالغاً ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثنى عشر ألف درهم وعمدة الحنفية مار ووا أيضاً عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المثلث بها فى الزكاة وأما الشافعى فيقول إن الاصل فى الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق فى زمانه والحجة له مار وى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال أن الابل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئاً واحتج بعض الناس لما لك لانه لو كان تقويم عمر بدلاً لكان ذلك ديناً بدين لا جماعهم أن الدية فى الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المديون يوضع على أهل الشاة الفاشاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبي شعبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس فى أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة الفاشاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل

البرود ماثلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الاجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذي أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابي الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابي مائة من الابل فمدها من الشاة الف شاة ولان أهل العراق أيضاً روى عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصاً وعمدة الفريق الاول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام وبالخيل على أهل الخيل وهذا لا يقول به أحد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب . أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور والاحرار المسلمين وأما على من تجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لا بنى زمعة لولده لا يحنى عليك ولا يحنى عليه وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا يخالفه من الصحابة أنه قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً في عمد وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الاول زاعى قتال من ذهب يضرب العدو وقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم في قطع الاعضاء وروى عن عمر أن رجلاً قُتِلَ نفسه خطأ فقتل له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية المغلطة على قولين واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب قتال مالك وابو حنيفة وجماعة انه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعي عمد الصبي في ماله * وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عمد وصبي والذين أوجبوا على العمد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون قتال الشافعي على أصله في مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما وأما متى تجب فانهم انفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا أن بصطلاحا على التأجيل وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز انفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الاب وهم العصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم اذا غزت عنه العصبة الا داود فانه لم يرم الموالى عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالأقرب من بنى أبيه ثم من بنى جده ثم من بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه ان كان من أهل

ديوان وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هنالك ديوان وإنما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتقد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا حلف في الإسلام وإيمان حلف كان في الجاهلية فلا يزبد به الإسلام الاقوة والجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا عصبة له ولا موالى وهم السائبة إذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وإن كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولأهله اعتقه عليه عقله وقال من جعل ولأهله للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال إن للسائبة أن يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الأقاويل قد حكيت عن السلف والديان تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في تقصان الديه هي الانوثة والكفر والعبودية أمادية المرأة فانهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ماسياتى القول فيه في ديات الجروح والأعضاء وأمادية أهل الذمة إذا قتلوا خطأ فإن للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال، أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونسائهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين، والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعى وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين، والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الأول ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله ونحرير رقبة مومنة) ومن السنة مارواه معمر بن الزهرى قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الديه وألغى الذى جعله معاوية في بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر ابن عبد العزيز فأخبره أن الديه قد كانت نامة لأهل الذمة. وأما إذا قتل العبد خطأ أو عمداً على من لا يرى التفصا ص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر وبه قال

مالك والشافعي وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفية فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكاف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والحر والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر كان قولاً له وجه أعني في دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الأموال واختلف في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الأشر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعي قياسه على الحر

﴿ وما يدخل في هذا الباب ﴾

من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمد محضاً وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضرب الاجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من يجب ولما يجب وفي شروط الوجوب فاما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الامه من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره أن امرأتين من هذيل رمت احدهما الاخرى فطرحتا جنينها فتضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشرين أمه إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا في ذلك حداً أولم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة البالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزئ عنده القيمة في ذلك فيما أحسب واختلفوا في الواجب في جنين الامه وفي جنين الكتابية فذهب مالك والشافعي إلى أن في جنين الامه عشرين قيمة أمه ذكر أو أنثى يوم يحبنى عليه وفرق قوم بين الذكر والأنثى فقال قوم أن كان أنثى فيه عشرين قيمة أمه وإن كان ذكراً فمشر قيمته لو كان حياً وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم أن جنين الامه اذا سقط حياً أن فيه قيمته وقال أبو يوسف في جنين الامه اذا سقط ميتاً منها ما نقص من قيمة أمه وأما جنين الذمية

فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية الذي دية المسلم والشافعي على أصله في أن دية الذي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في أن دية الذي نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذي يجب فيه فأنهم اتفقوا على أن من شرطه أن يخرج الجنين ميتاً ولا تموت أمه من الضرب واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتاً فقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعه والزهرى واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حياً أو ميتاً فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في المادة من حركة أو عطاس أو تنفس فاحكامه احكام الحي وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة والوجود أن يعتبر تنفخ الروح فيه أعني أن يكون نجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من يجب فأنهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة ومن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم أنها جناية خطأ فوجب على العاقلة وما روى أيضاً عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ برؤوسها وولدها وأما مالك فشمها بدية العمد إذا كان الضرب عمداً أو أماً لمن يجب قتال مالك والشافعي وأبو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في أنها موروثة وقال ربيعة والليث هي للام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عند واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا متردداً عند بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلاف فهم في تضمين الركب والسائق والقائد فقال الجمهور ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر بالعتل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الآثار الثابتة فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار والبئر جبار

والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحد أو علمها راكب أو لها قائد أو سائق فان الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ واختلاف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها به على أن ترمح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها وبه قال ابن شيرمة وابن أبي ليلى وسويابين الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة الا انه استثنى الرحمة بالرجل أو بالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورواه أقاويل العلماء فمن حفر بئراً فوقه فيه انسان متقاربة قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان اوقعها بحيث يجب له أن يوقمها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وان كان الركوب مباحا واختلفوا في الفارسين يصطدمان فموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما مادية الا آخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه وأجمعوا على ان الطبيب اذا أخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك لانه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد ورد في ذلك مع الاجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطيب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العمد خطأ فوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والآخرى وعند مالك ان العمد في هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى لا تغلظ الدية فيهما

وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزداد فيهما مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذارحم محرم عمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فمن ادعى في ذلك تخصيصاً فعليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شئ مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغلظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللنريق الثاني أن يقول انه قد ينقذ في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه

(كتاب الديات فيما دون النفس)

والاشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاع وأعضاء فلنبداً بالقول في الشجاع والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب فاما محل الوجوب فهي الشجاع أو قطع الاعضاء والشجاع عشرة في اللغة والفقهاء أولها الدامية وهي التي تدمى الجلد ثم الجارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملتطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم أي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المتلفة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاع مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاع فأما أحكامها أعني الواجب فيها فتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة ومادون الموضحة خطأ وانفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الا ما روى عن عمر وعثمان انهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علي انه قضى فيها باربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفي السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ما وقعت فيه السنة حداً ومالك يعتبر في الزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام ما دون الموضحة * فأما الموضحة فجميع

الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمر و بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس يعني من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا اعنى على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة الرأس والجهة والخدين واللى الا على ولا تكون في اللى الاسفل لانه في حكم العنق ولا في الاقف . وأما الشافعى وأبو حنيفة فالوضحة عندهم في جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعى اذا كانت في الجسد كانت على النصف من دينها في الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلظ بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عظمها زائداً على عظمها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك مرة قال يقول سليمان بن يسار ومرة قال لا يزداد فيها على عظمها شئ . وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته ان لو كان عبداً . وأما الهاشمية ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا يخالف له من الصحابة . وقال بعض العلماء الهاشمية هي المنقلة وشذو . وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ . فاما اذا كانت عمداً فجمهور العلماء على ان ليس فيها قود . كان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه اقامتها من المأمومة . وأما الهاشمية في العمدة فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان احرى ان يحيز ذلك من الهاشمية . وأما المأمومة فلا خلاف انه لا يقدّمها وان فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير . وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقدّمها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان في كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لان القياس عنده في هذا لا يسوغ وانما عنده في ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد . وأما الجراحات التى تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها الا الحكومة .

﴿ القول في ديات الأعضاء ﴾

والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذي يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن ابيه ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم في العقول ان في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا استوعب جد عا مائة من الابل وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلهما وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وفي السن والموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سندها ومنها ما انفقوا عليه مما لم يذكروها قياسا على ما ذكره فقول ان العلماء اجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان في كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلثي الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركاتها المنفعة بها اعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب يزيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفقهاء متفقون على أن في كل زوج من الانسان الدية ما خلا الحاجبين وتدي الرجل واختلما في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي وابو حنيفة وانثوري والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سماعهما فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن ابي بكر انه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انه لا يضر ان السمع ويسترها الشعر او العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا في الاذن اذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية . واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة وقال ابو حنيفة فيهما الدية وكذلك في اشفار العين وليس عند مالك في ذلك الاحكومة وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فلم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضا فان الحواجب ليست اعضاؤها منفعة ولا فعل بين اعني ضرور ياتي الخلقة . واما الاجقان فقليل في كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعي والكوفي لانه لا بقاء للعين دون الاجقان وفي الحفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفي الاعليين الثلثان وأجمعوا على ان من اصيب من اطرافه

أكثر من دجته ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنه فله ديتان . وأما الاثنيان فاجمعوا
ايضاً على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان في كل واحد منهما نصف الدية الا ما روى عن
سميد بن المسيب انه قال في البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية
فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . واما المفردة فان جمهورهم على ان في اللسان خطأ الدية
وذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم
يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلّفوا في القصاص فيه عمد أفنهم من لم يرفيه قصاصاً
وأوجب الدية وهم مالك والشافعي والكوفي لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفي
ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره في اللسان عمداً القصاص . واما الانف فأجمعوا على
انه اذا أوعب جدها على ان فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب النشم او لم
يذهب وعنده انه اذا ذهب احدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الاخر الدية الكاملة
وأجمعوا على ان في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلّفوا في ذكر العنين
والخصي كما اختلّفوا في لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من
جعل فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه
حكومة واقل ما نجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقي الذكر حكومة . واما عين الاعور
فللعلماء فيه قولان ، احدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من اهل المدينة وبه
قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري
فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروي عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق
الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعاً لغير الاعور وعمدة الفريق الثاني
حديث عمرو بن حزم أعني عموم قوله وفي العين نصف الدية وقياساً ايضاً على اجماعهم
انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية * فسبب اختلافهم في هذا معارضة
العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ما قيل فبمن ضرب عين رجل فاذهب
بعض بصرها ما روى من ذلك عن علي رضي الله عنه انه أمر بالذي اصيب بصره بان عصبت
عينه الصحيحة وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول
ذلك خطاً في الارض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلاً البيضة
بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضاً عند اول ما خفيت عنه في الارض
خطاً ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه

قدر ذلك من الديّة ويختبر صدقه في مسافة ادراك العين العليّة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مراراً شتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها فقال مالك والشافعي وابو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الديّة مائة دينار وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقوياً لا توقيتاً وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الديّة وقال مالك تم ديّة السن باسودادها ثم في قلعها بعد اسودادها ديّة واختلف العلماء في الاعور وفقاً عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان احب فله التمرد وان عفا فله الديّة قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القواين قال مالك وبالديّة كاملة قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فتئت عينه الا القود او ما اصطالحوا عليه وعمدة من رأى جميع الديّة عليه اذا عفا عن التمرد انه يجب عليه ديّة ماترك له وهي العين العوراء وهي ديّة كاملة عند كثير من اهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر ان عين الاعور اذا فتئت وجب فيها الف دينار لانها في حقها في معنى العينين كليهما لا العين الواحدة فاذا تركها وجبت عليه ديّتها وعمدة اولئك البقاء على الاصل اذنى ان في العين الواحدة نصف الديّة وعمدة ابى حنيفة أن العمدة ليس فيه ديّة محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت في باب التمرد في الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل اصبع عشراً من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وان في كل ائمة ثلث العشر الا ماله من الاصابع ائمتان كالا بهام ففي ائمة خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شبيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم على اهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الديّة من الورق فهي عندهم يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرين وعندهم يرى انها عشرة آلاف عشرين وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الا بهام والتي تليها بعقل نصف الديّة وفي الوسطى بعشر فرائض وفي التي تليها تسع وفي الخنصر بست وروى عن مجاهد انه قال في الا بهام خمسة عشر من الابل وفي التي تليها عشرو في الوسطى عشرو في التي

تليها ثمان وفي الخنصر سبع . وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامم بارحكومة وروى عن بعض السلف فيها نوقيت وروى عن مالك ان عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة ابعرة وعمدة فقهاء الامصار ان ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم نوقيت فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن في كل سن من اسنان الفم خمساً من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم . وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمساً من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس بعيران وروى عن مالك ان مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال اتجمل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لو لم يعتبر ذلك الابل اصابع عقلها سواء عمدة الجمهور في ذلك ما ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال في السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضاً بالاصابع التي استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهم ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التي ثبت الدية فيها خطأ فيها انقود في قطع ما قطع وقلع ما قلع واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قودام لا فذهب مالك واصحابه الى ان انقود في كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام بكسر وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى السن وروى عن ابن عباس انه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن عبد البر ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يتد من العظم المقطوع في غير المفصل الا انه ليس بالقوى وروى عن مالك أن ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ وانفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج واعضاءها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت . نيتها الى النصف من دية الرجل اعني دية اعضائها من اعضائها مثال ذلك ان في كل اصبع من اصابعها عشر من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي اربعة عشرون وبه قال مالك واصحابه والليث بن سعد ورواد مالك عن

سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الا شهر من قول ابن مسعود وهو مروي عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي رضي الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الا شهر عنه هو ما ذكرناه اولاً وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فوجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفاً للقياس ولذلك قال ربيعة لمسيدي ما يأتي ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الا مراسل وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبي عبد الرحمن كم في أربع من أصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراق أنت قلت بل عالم مثبت أوجاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضاً عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعمكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابي اذا خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقف لكن في هذا ضعف اذا كان يمكن أن يترك القول به اما لانه لا يرى القياس وإما لانه عارضه في ذلك قياس ثان أو قد في ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجناية على أعضائهم الذكور منهم والانات وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجرح من دية فيكون في موضحته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلي وقال مالك يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته وقيمته وما مومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من دية وعمدة القريبي الاول تشبيهه بالعروض وعمدة القريبي الثاني تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك قتال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فزاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموضحة فزاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي ان

الاصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ولا عمدة للفرق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور وهنا نقضى هذا الكتاب والمحمد لله حق حمده .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

* (وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم) *

﴿ كتاب القسامة ﴾

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب .
﴿ المسئلة الاولى ﴾ هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ، الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعدلونا يجب به أن يبدأ المدعون بالايمان

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما وجوب الحكم بها على الجلالة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها عمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حو بصة وبحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث إلا أنهم يختلفون في ألقاظه على ماسياتي بعد وعمدة الفرق النافى لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع ألجمع على صحتها فمنها أن الاصل في الشرع أن لا يحلف أحد الا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبتني للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد ارايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أ كنت ترجمه قال لا قلت أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق بجمص ولم يروه

أ كنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فما يلزم إذا شهدوا أنه قتله بارض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبدالعزيز في القسمات أنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلانا قتله فاقده ولا يقتل بشهادة الحمسين الذين أقسموا قالوا ومنها أن من الأصول أن الإيمان ليس لها تأثير في اشاطة الدماء ومنها أن من الأصول أن البيضة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم لم يروا في تلك الأحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسمات وإنما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليبرهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الاسلام ولذلك قال لهم أيخلفون خمسين يمينا أعني لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نخلف ولم نشاهد قال فيخلف لكم اليهود قالوا كيف تقبل أيمن قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يخلفوا وان لم يشهدوا قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسمات والتأويل يتطرق إليها فصرها بالتأويل الى الأصول أولى . واما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسمات سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل إنما يتحرى بالقتل مواضع الخلووات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق وذلك أن السارق تعمير الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلذلك أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبيين مع مخالفة ذلك للأصول وذلك أن المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

المسئلة الثانية ❦ اختلف العلماء القائلون بالقسمات فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي والثوري وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها إلا دفع الدعوى على الأصل في أن اليمين إنما تجب على المدعي عليه وقال بعضهم بل يخلف المدعي عليه ويغرم الدية فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المتسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنيفة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تخلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أيخلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أوقاتكم . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو أن الإيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الاموال أعني في الشرع

مثل ما ثبت من الحكم في الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم ير وعنه غير مالك وقيل فيه ايضاً انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف في اسناده فارسله مالك واسنده غيره قال القاضي يشبه ان تكون هذه العلة هي السبب في ان لم يخرج البخاري هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية . واما الذين قالوا انما يستحق ما دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو ان الايمان على المدعى عليه والا حادىث التي تذكرها فيما بعد ان شاء الله .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلف القائلون بالقسامة أعني الذين قالوا انها يستوجب بها مال أو دم فمين يبدأ بالايمان الخمسين على ما ورد في الآثار فقال الشافعي واحمد وداود بن علي وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ماخرجه البخاري عن سميد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلاً من الانصار يقال له سهيل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تأتون بالبيئة على من قتله قالوا ما لنا ببيئة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضي وهذا نص في انه لا يستوجب بالايمان الخمسين الادفع الدعوى فقط واحتجوا ايضاً بماخرجه أبو داود ايضاً عن ابي سلمة بن ابي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود وابدأهم أن يحلف منكم خمسون رجلاً خمسين يمينا فوافقوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يا رسول الله فجمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين أظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليهم والزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعني انه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله ايضاً من تبدئة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهمي الذي ادعى دم وابيه على رجل من بني سعد وكان

أجرى فرسه فوطى على أصبح الجهني فزى فيها فمات فقال عمر للذى ادعى عليهم أنحلون بالله خمسين يمينا مامات منها قابوا أن يحلفوا ونحروا فقال للمدعين احلفوا قابوا فمضى عليهم بشر الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبذئة المدعين بالإيمان لأن الأصل شاهد لا حاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال أبو عمر والأحاديث المتعارضة فى ذلك مشهور

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وهى موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب إلا بشبهة واختلفوا فى الشبهة ما هى قتال الشافعى اذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل فى محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خير دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل وإلى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على ثرى بيت فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الاشبه مما يغلب على ظن الحكم أن المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بن حزم من هذا أعنى أن القسامة لا تجب إلا بلوث والشاهد الواحد عند اذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعى فى قرينة الحال الخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيد حديدة مدماة إلا أن مالك يرى أن وجود القتيل فى المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق هاهنا شئ يجب أن يكون أصلا لا شرطا للوث فى وجوبها ولذلك لم يقبل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل فى محلة قوم وبدأ ثرى وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ودون وجود الاثر بالقتيل الذى اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتلته أينما وجد فادعى ولالة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فإن هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلان فصاعدان أولئك وقال داود لا أقضى بالقسامة إلا فى مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم واقر دمالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعل قول المقتول فلان قتلنى لو نأى بوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة بوجب القسامة ولمكان الشبهة

رأى بتبذئة المدعين بالايان من رأى ذلك منهم فان الشبه عندهم لك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تطبيق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكأنه تشبه ذلك باليمين مع الشاهد في الاموال . وأما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام: لو يعطى الناس بدعا ويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم في صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى اسرائيل فضعيف لان التصديق هناك أسند الى ان فعل الخارق للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال أحمد بن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة و يقتل منها واحد بعينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي كل من أقسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب آخر وبقي المضروب أيا ما بعد الضرب ثم مات أقسم اولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا في القسامة في العبد فبعض ائبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر وبعض نفاه تشبيهاً بالبيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها في مال القتال ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلاً خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ وان نكل عنده أحد من ولاية الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينك كل أعنى حظه منها وقال الزهري ان نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضي والقول في القسامة هو داخل فيما ثبت به الدماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا ان الاولى ان يذكر في ذلك الجنس وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الامر بن جميعاً كما فعل مالك في الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب .

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿كتاب احكام في الزنا﴾

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي اصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما تثبت به هذه التفاحشة .

(الباب الاول)

فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك عيّن وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيها هو شبهة ندرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت الحق الولد به وقومت عليه و به قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعزرو وقال أبو ثور عليه الحد كاملاً اذا علم الحرمة وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فان حكم مالك الحلية وحكم مالك الحرمة * ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحدود ورا قوم عنه الحد وهو شبه والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله أعلم * ومنها ان يحل لرجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزرو وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: لرجل خاطبه انت وملك لا يبيك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بالولد ولا جماعة على انه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت أم لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكأنه استهلكها ومن الحجة لهم ايضا اجماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له ولياً * ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملاً وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها الزوجتة ان كانت طاو عتته وان كان استكرهها قومت

عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصناً أو ثيباً وقال قوم عليه التمزير فعمدة من اوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ماثبت ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرها فهي حرة وعليه مثلها السيدتها وان كانت طاوخته فهي له وعايه لسيدها مثلها وأيضا فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك * ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكأنه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة * ومنها درء الحد عن امتنع اختلف فيه أيضاً وبالجملة فالأحكام الفاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الام وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل

﴿ الباب الثاني ﴾

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة اصناف محصنون ثيب وابكار وأحرار وعبيد وذكور واناث * والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى « الزانية والزاني » الآية واختلفوا في موضعين، احدهما هل يجلدون مع الرجم ام لا، والموضع الثاني في شروط الاحصان.

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق واحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم يرمى عمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ما عزا أورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم ير وأنه جلد واحد منهم ومن جهة المعنى ان الحد الا لصغر ينطوى في الحد الا كبر وذلك ان

الحدانما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضاً بحديث علي رضي الله عنه خرج مسلم وغيره ان علياً رضي الله عنه جلد شرابة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبي عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة . واما الاحصان فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلقوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عند الوطء في الحيض أو في الصيام فإذا زنا بعد الوطء الذي هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق أبو حنيفة ما لكافي هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية ان تكون من الطرفين أعني ان يكون الزاني والزانية حريين ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودية اللذين زنيا اذ رفع اليه امرهما اليهود والله تعالى يقول « وان حكمت فاحكم بينهم بالتقسط » وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب . واما الا بكارتان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » واختلقوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلاً وقال الشافعي لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر ا كان اراثي حراً كان أو عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا يغرب المرأة وبه قال الاوزاعي ولا تغريب عند مالك على العيب فعمدة من اوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج اهل الصحاح عن ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني انهما قالان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله فقال الخصم وهو أقرقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله واذن لي ان أنكم فقال له النبي قل قال ان ابني كان عسيفاً على هذا فزنا بامرأته واني اخبرت ان علي ابني الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبروني انما علي ابني جلد مائة وتغريب عام وان علي امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذي نفسي

بيده لا قضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام
واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فقد اعلمها انيس فاعترفت فامر النبي عليه
الصلاة والسلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه
رأى ان المرأة تعرض بالقرابة لا أكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعني المصلحي الذي
كثيراً ما يقول به مالك . واما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبني على رأيهم أن الزيادة على
النص نسخ وانه ليس بنسخ الكتاب باخبار الاحاد وروا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب
وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر انهم غرّبوا ما حكم العبيد في هذه الفاحشة فان العبيد
صنفان ذكور وانات اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها
خمسون جلدة لقوله تعالى « فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب » واختلفوا اذا لم تزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت
طائفة لا حد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على
الامة أصلاً والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحصان في قوله تعالى (فاذا
احصن) فمن فهم من الاحصان الزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتروجة ومن
فهم من الاحصان الاسلام جعله عاماً في المتروجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتروجة
حداً بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت
ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بظهير . واما انكر من
العبيد فقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل
حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهم مائة جلدة) ولم
يخصص حرّاً من عبد ومن الناس من دراء الحد عنه قياساً على الامة وهو شاذ وروى عن ابن
عباس فهذا هو القول في اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في
واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور
المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في اخفر للمرجوم فقالت طائفة بخفره وروى
ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبقال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة
أخرجها فخرها حفيرة فأدخلت فيه وأحرق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم اني
أخاف أن يصيب بعضكم بعضاً ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم
سرور رجم علانية فما كان منه باقرار فأول من رجم الامام ثم الناس وما كان بيينة فأول من

(١) لعل صوابه واحتج على من لم ير على غير المتروجة حداً

يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجنا بالمصلى فلما أذلقته الحجارة فرّ فادر كناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم انه حفر له في اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالاحاديث في ذلك مختلفة قال أحمد أ كثر الاحاديث على أن لا حفر وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يفار به وقال أبو حنيفة والشافعي يضرب سائر الاعضاء ويبقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي حنيفة ماعدا القذف على ما سيأتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلا قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك اربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل مافوقها. وأما الوقت فان الجمهور على انه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال احمد واسحق واحتج بحديث عمر انه اقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة النظائر للمفهوم من الحد وهو ان يقام حيث الا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس الحدود فنظر الى الامر باقامة الحد ومطلبا من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى انه مفهوم من الحد قل لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الامر في شدة الحر والبرد

٥) الباب الثالث وهو معرفة ما ثبت به هذه الفاحشة ٥

وأجمع العلماء على ان الزنا ثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراء وكذلك اختلفوا في شروط الاقرار وشروط الشهادة فما الاقرار قنهم اختلفوا فيه في موضعين، أحدهما عدد مرات الاقرار الذي يلزم به الحد، والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أم بعد الاقرار الذي يجب به الحد فان مالك والشافعي يقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى لا يجب الحد الا باقرار اربعة مرة بعد مرة وبه قال أحمد وإسحق وزاد أبو حنيفة وأصحابه في مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام: اغديا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عددا وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي

عليه السلام انه رد ما عزا حتى أقر أربع مرات ثم امر برجمه وفي غيره من الاحاديث قالوا وما ورد في بعض الروايات انه اقر مرة ومرة وتين وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ ﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الابن ابى ليلى وعثمان البتي وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه واما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان، احدهما يقبل وهي الرواية المشهورة، والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع في الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك ما يجب من اوجب سقوط الحد بالرجوع ان يكون التماضى على الاقرار شرطاً من شروط الحد وقدر روى من طريق ان ما عزا المارجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعي بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثاً وجوب الحد. وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء انفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترك في الشهود اربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى « ثم لم يأتوا باربعة شهداء » وان من صفتهم ان يكونوا عدولاً وان من شرط هذه الشهادة ان تكون بمعينة فرجه في فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لا في زمان ولا في مكان الا ما حكى عن ابى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها في ركن من البيت بطؤها غير الركن الذي رآه فيه الا آخر وسبب الخلاف هل تلقى الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلقى كاشهادة المختلفة بالزمان وأنهم أجمعوا على أنها لا تلقى والمكان أشبه شئ بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود واما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمرو بن دينار قال مالك الا ان تكون جاءت بامارة على استكراهها مثل ان تكون بكر أفتأتى وهي تدمى او تفضح نفسها باثر الاستكراه وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ما عدى الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعي لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت في دعوى الاستكراه بامارة ولا في دعوى الزوجية ببينة لانها بمنزلة من اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحسة ان علياً رضي الله عنه قال لها

استكرهت قالت لا قال فله رجل انك في نومك قالوا روى الاثبات عن عمر انه قبل قول امرأة ادعت انها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم يدر من هو بعد ولا خلاف بين اهل الاسلام ان المستكره لا حد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها . وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة فمن قال عوض عن البضع أوجب به في البضع في الحلية والحرمية ومن قال انه نحلة خص الله به الا زواج لم يوجب به وهذا الاصل كاف في هذا الكتاب والله الموفق للصواب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب القذف)

والنظر في هذا الكتاب في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبما اذا ثبت والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية فاما القاذف فانهم اتفقوا على ان من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً او انثى حراً او عبداً مسلماً او غير مسلم واما المقذوف فاتفقوا على ان من شرطه ان يجتمع فيه خمسة اوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا فان انحرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقذوف ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة ان تطبق الوطء واما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين، احدهما ان يرمى القاذف المقذوف بالزنا والثاني ان ينفيه عن نسبه اذا كانت امه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة او مسلمة او كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعي لا حد عليه اذا كانت ام المقذوف امة او كتابية وهو قياس قول الشافعي وابي حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتعريض فنال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى لا حد في التعريض الا ان ابا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير ومن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه في التعريض الحد وهي مسألة وقعت في زمان عمر فشاو وعمر فيها الصحابة فاختلوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال متام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه اعني مقولاً بالاستمارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي في

الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذي يندري به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقتوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل * والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفي في ذلك اثنان على الاصل المعتبر فيما سوى القذف اذا كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد. وأما الحد فانه نظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى «ثمانين جلدة» واختلفوا في العبد يقذف الحر كحدده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضاً أن حد الكتابي ثمانون فكان العبد احرى بذلك. وأما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مرة واحدة كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحدهم قذفه ثانية حد حد اثناناً واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حي أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم في كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يازناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يازان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حد واحد حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سمحاء فرفع ذلك الى النبي عليه الصلاة والسلام فلا عن بينهما ولم يحد له لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس فلا نه رأى انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقتوف وتعدد القذف كان أوجب ان يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي

لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يحجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يحجز الا ان يريد بذلك المقدوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب فى اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لسكيتهم فمن قال حق لله لم يحجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لسكيتهم غلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أولاً يصل وقياساً على الاثر الوارد فى السرقة وعمدة من رأى انه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقدوف اذا صدقه فيما قدفه به سقط عنه الحد . واما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقبض فى القذف وانفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته ابداً * والسبب فى اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة او يعود الى اقرب مذكور وذلك فى قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا » فمن قال يعود الى اقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة امر غير مناسب فى الشرع أى خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة وانفقوا على ان التوبة لا ترفع الحد (واما بماذا ثبت) فانهم اتفقوا على انه ثبت بشاهدين عدلين حرين ذكراين واختلف فى مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم فى الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى فهذه هى اصول هذا الباب التى بنى عليه فروعه ، قال القاضى وان انسأ الله فى العمر فسكنضع كتابا فى الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتباً ترتيباً صناعياً اذ كان المذهب المعمول به فى هذه الجزيرة التى هى جزيرة الاندلس حتى يكون به القارى مجتهداً فى مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندى شئ ينقطع العمر دونه .

« (باب فى شرب الخمر) »

والكلام فى هذه الجنابة فى الموجب والواجب وبماذا ثبتت هذه الجنابة فاما الموجب فانفقوا على انه شرب الخمر دون اكرامه قليلها وكثيرها واختلفوا فى المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر فى تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلاً كان أو كثيراً سكر أو لم يسكر

وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الأطعمة والاشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وإن لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تخريم قليل الانبذة في وجوب الحدوا كثرة هؤلاء على وجوبه إلا أنهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون هذا في حد الحر . وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور وهو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور ثمانون وعمر والصحابة لما كثرت في زمانه شرب الخمر وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياساً على حد القرية فإنه كما قيل عنه رضي الله عنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افتري وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حداً وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالمال ضرباً غير محدود وأن أبا بكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشرب الخمر فقدره بربعين وروى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطاً وروى من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروى هذا عن علي عن النبي عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعي . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الإمام يقيمه وكذلك الأمر في سائر الحدود واختلفوا في إقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف إذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة إلا بالإمام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد إلا الإمام وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم يبيعوها ولو بضمير وقوله عليه السلام: إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعي فاعقد مع هذه الأحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على أنه قال: أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولأنه أيضاً مروى عن جماعة من الصحابة ولا يخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الأجماع على أن الأصل

في اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا
الجمعة والزكاة والفيء والحكم الى السلطان .

• (فصل) •

وأما بماذا يثبت هذا الحد فانفق العلماء على انه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في
ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند
الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من
أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على
الرائحة تشبهاً بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباهاً الروائح والحد
يدرأ بالشبهة .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وتعجبوه وسلم تسليماً)

• (كتاب السرقة) •

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المروق الذي يجب به الحد وفي صفات
السارق الذي يجب عليه الحد وفي العتوبة وفيما يثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهي أخذ مال
الغير مستتراً من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم أجمعوا انه ليس في الخيانة ولا في
الاختلاس قطع إلا ايا بن معاوية فانه أوجب في الخلسة القطع وذلك مروى عن النبي عليه
السلام وأوجب أيضاً قوم القطع على من استعار حلياً أو متاعاً ثم جحد له كان حديث المرأة
المخزومية المشهورة انما كانت تستعير الخلي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها الموضع
جحودها وبه قال أحمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية
تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي عليه السلام بقطع يدها فأتى اسامة أهلها فحكموه فحكم
اسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا اسامة لا أراك تتكلم في حد من حدود الله
ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه
واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتموها ورد
الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعارضين وانهم لم يأخذوا بغير اذن فضلا

ان ياخذ من حرز قالوا في الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام: انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان الخنز ومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقة وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكاثر الغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل فحكمه حكم المحارب على ما سيأتى في حد المحارب . وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة فانهم اختلفوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى أو مسلماً أو ذمياً الا ما روى في المصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الا بقى اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فن رأى أن الا جماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم يرا القاطع على العمق الا بقى الا تشبيهه بسقوط الحد عنه بسقوط شرطه أثنى الحدود التي تشترط في حق العبيد وهو تشبيهه بضعيف . وأما المروق فان له شرائط مختلفاً فيها فن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ما روى عن الحسن البصري انه قال القاطع في قليل المروق وكثيره اعموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية ورنما احتجوا بحديث أبي هريرة خرجه البخاري ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال : لعن الله السارق يسرق البيضة فتمتعه بدو يسرق الجبل فتمتعه يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القاطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافاً كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند الى أدلة ثابتة هو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم ، والثاني قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القاطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدرهم لا بالربع دينار أعني اذا اختلفت اثلاثة دراهم مع الربع دينار لا اختلاف الصرف مثل ان يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الاصل في تقويم الاشياء هو الربع دينار . وهو الاصل أيضاً للدرهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان تساوى ربع دينار وأما مالك فالدنانير والدرهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في نقود أهل ذلك البلد

فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم وبقول الشافعي في التقويم قال ابو ثور والاوزاعي وداود وبقول مالك المشهور قال احمد أعني بالتقويم بالدراهم . وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في أقل منه وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم وقد قيل في أربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة فقهاء الحجاز مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع في بجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخاري ومسلم الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة الجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في أحاديث قالوا وقد خالف ابن عمر في قيمة الجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في الجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن الجن قال وكان ثمن الجن على عهد النبي عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن أبوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن الجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف في ثمن الجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار . وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهوانه تطع في أربعة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل ان الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهما والقطع في ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع في عشرة دراهم ادخل في باب التجاوز والصفح عن سير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان يمكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعي أولى المذاهب فهذا هو أحد الشرط المشتركة في القطع واختلقوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرق الجماعة ما يجب فيه القطع أعني نصابادون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بان يخرجوا النصاب من الحرز معاً مثل أن يكون عدلاً أو صندوقاً يساوي النصاب فقال مالك يطعمون جميعاً وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً فنقطع الجميع رأى العقوبة انما تتعلق

بقدر مال المسروق أى ان هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع وان كان قد اختلفوا فيها هو حرز مما ليس بحرز والا شبه أن يقال فى حد الحرز انه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كي يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق انصف بالخراج من الحرز على ما سنده بعد ومن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريرة جبل فاذا أواه المراح أو الجريرين فاقطع فيما بلغ ثمن الجن ومرسل مالك أيضاً عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمرو بن عند البر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذار واهال الثقات . وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم فى الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشتهر ممن اشتهر بالحرز تقطع يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعى واحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شئ جرت العادة بحفظ ذلك الشئ المسروق فيه فربط الدواب عنده احرز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس

قالا لسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده وإذا توسد النام شيئا فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد وما أخذ من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحل أو غيره إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب أنه إن سرق منها ليلًا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيها هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سمى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب إذا كان سارقاً أحدهما داخل البيت والاخر خارجه فمقرب أحدهما المتاع المسروق إلى الثقب في البيت فتناوله الاخر فقتل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل انقطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف في هذا كله آتيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أولاً انطلاقه فهذا هو القول في حرز واشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرج وقال ابن القاسم يقطع .

﴿ فصل ﴾

وأما جنس المسروق فإن العلماء اتفقوا على أن كل ممتلك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ الموضع منه فإنه يجب في سرقته القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة والأشياء التي أصلها مباحة فإنهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور إلى أن التمتع في كل متقول يجوز بيعه وأخذ الموضع فيه وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والخطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام: لا قطع في تمر ولا كثر وذلك أن هذا الحديث روى هكذا مطلقاً من غير زيادة وعمدته أيضاً في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع أن لا يكون للسارق فيه شبهة مالك واختلفوا فيما هو شبهة تدرك الحد ما ليس بشبهة وهذا هو أيضاً أحد الشروط المشتركة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع سارقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه أو أن

لكل أحد فيه حقاً اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فبين سرق صغيراً مملوكاً أعجمياً من لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع . واما ان كان كبيراً يفقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من اصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرك هذا الحد واختلفوا فيها هو شبهة يدرك ذلك مما لا يدرك فيها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً وقال اهل الظاهر يقطع الا ان يأمنه سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب ان يدركه الحد ان يكون على الخدمة لسيده بنفسه والشافعي مرة اشترط هذا مرة لم يشترطه وبدره الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ومنها احد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفر دبيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعي الاحتياط أن لا يقطع على احد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقدر ومي عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القرابات فذهب مالك فيها أن لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام: انت ومالك لا ييك ويقطع ما سواهم من القرابات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب الا على والاسفل يعني الاب والاجداد والابناء وأبناء الابناء وقال أبو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال أبو ثور يقطع يد كل من سرق الا ما خصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم او من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول في الاشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجنابة .

﴿ القول في الواجب ﴾

وأما الواجب في هذه الجنابة اذا وجدت بالصفات التي ذكرنا عنى الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هي جنابة والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال قوم لبس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسراً اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسراً لم يتبع به اذا ارى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين

الامر ين انه اجتمع في السرقة حقان حق لله وحق للآدمي فاقتضى كل حق موجهه وايضا فانهم لما اجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لم اذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يغرم السارق اذا أقيم عليه الحد وهذا الحديث مضمف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسن على غير قياس وأما التمتع فالتنظر في محله وفيم سرق وقد عدم المحل . أما محل التمتع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذي عليه الجمهور وقال قوم الا صابع فقط قام اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف التمتع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف التمتع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمرو بن بكر اعنى قول مالك وابى حنيفة فعمدة من لم ير الا قطع اليد قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولم يذكر الا رجل الا في الحار بين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعد سرق فقطع يده اليمنى ثم اثنانية فقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام : من فواحش وفيهن عتوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فتبيل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذي في أصل الساق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذي في وسط القدم وانفقوا على أن لصاحب السرقة ان ينفو عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو

ابن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تعافوا الحدود بينكم فيما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام : لو كانت قاطمة بنت محمد لقت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل أن تأتيني به واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه او يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لا حد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يجره هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فم لا قبل أن تأتيني به .

﴿ القول فيما ثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت باقرار الحر واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحدّه وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فمن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لا يثق بتفريق المذهب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الخرابة ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية

وذلك ان هذه الآيه عند الجمهور هي في المحار بين وقال بعض الناس انها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحار بين لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقى انها في المحار بين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب . أحدها النظر في الحاربة والثاني النظر في المحارب ، والثالث فيما يجب على المحارب ، والرابع في مسقط الواجب عنه وهي التوبة ، والخامس بماذا ثبتت هذه الجناية .

﴿ الباب الأول ﴾

فاما الحاربة فاتفقوا على أنها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعي الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لان المغالبة انما تأتي بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعي انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة . وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة في المصر .

﴿ الباب الثاني ﴾

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محمونا قبل الحاربة وهو المسلم والذمي .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدي وقطاع الأرجل من خلاف والنفي على ما نص الله تعالى في آية الحاربة واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير او مرتبة على قدر جنابة المحارب فقال مالك ان قتل فلا بد من قتله وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه وانما التخيير في قتله أو صلبه . وأما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وانما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف وأما اذا أخاف السبل فقطع فالإمام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه ومعنى التخيير عنده ان الأمر راجع في ذلك الى اجتهاد الإمام فان كان المحارب ممن له الرأي

والتدبير فوجه الاجتهاد قتله او صلبه لان القطع لا يرفع ضرره وان كان لا رأى له وانما هو ذو
قوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شئ من هاتين للصفتين أخذ بايسر ذلك فيه وهو
الضرب والنقي وذهب الشافعي وابو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هي مرتبة على
الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من الحار بين الامن قتل ولا يقطع الامن
أخذ المال ولا ينفي الامن لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق
وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه * وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية
للتخير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من الحار بين على التفصيل
والبعض على التخيير واختلفوا في معنى قوله او يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا
وقال قوم بل معنى ذلك انه يقتل ويصلب معاً وهو لا عنهم من قال يقتل اولاً ثم يصلب وهو
قول أشهب وقيل انه يصلب حياً ثم يقتل في الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن
رأى انه يقتل اولاً ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى انه يقتل في الخشبة فقال
بعضهم لا يصلى عليه تنكيلاً له وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون
اذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهدل بعد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه
وذهب ابو حنيفة وانحابه انه لا يبقى على الخشبة اكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله او تقطع أيديهم
وأرجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى
ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى
وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضاً في قوله أو ينفوا من الارض
فقيل ان النفي هو السجن وقيل ان النفي هو أن ينفي من بلد الى بلد فيسجن فيه الى أن تظهر
توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين اليدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن
مالك وبالأول قال ابو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الامام لا إقامة الحد
عليهم فاما ان ينفي بعد ان يهدر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فغير مقصود ولكن ان هربوا
شردناهم في البلاد بالتباع وقيل هي عقوبة مقصودة فليل على هذا ينفي ويسجن دائماً وكلها
عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أي من ارض الاسلام الى ارض الحرب فلذى يظهر ان
النفي هو تفريرهم عن وطنهم لقوله تعالى « ولو أن كتبنا عليهم أن يقتلوا أنفسهم أو اخرجوا من
دياركم » الآية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب
والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفاً بالمادة ولا بالعرف .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فإن الأصل فيه قوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك في أربعة مواضع . أحدها هل تقبل توبته ، والثاني أن قبلت فما صفة المحارب الذي تقبل توبته فإن لاهل العلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول أنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال أن الآية لم تنزل في المحاربين . وأما صفة التسوية التي تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال . أحدها أن توبته تكون بوجهين . أحدهما أن يترك ما هو عليه وأن لم يأت الامام والثاني أن يلتقي سلاحه ويأتى الامام طائعا وهو مذهب ابن التماس ، والقول الثاني أن توبته إنما تكون بان يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لجيرانه وأن أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماسجشون ، والقول الثالث أن توبته إنما تكون بالرجى إلى الامام وأن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الأحكام أن أخذ قبل أن يأتى الامام وتحصيل ذلك هو أن توبته قبل أنها تكون بان يأتى الامام قبل أن يقدر عليه وقيل أنها إنما تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا . وأما صفة المحارب الذي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال . أحدها أن يلحق بدار الحرب ، والثاني أن تكون له فئة ، والثالث كيفما كان كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في المحارب إذا امتنع فأمنه الامام على أن ينزل فمقل له الأمان ويسقط عنه حد الخرابة وقيل لا أمان له لأنه إنما يؤمن المشرك . وأما ما تسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال . أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الخرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الأدميين وهو قول مالك ، والقول الثاني أن التوبة تسقط عنه حد الخرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو أولياء المقتول ، والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا يتبع ذممهم ، والقول الرابع أن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الأدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما بما ذابث هذا الحد فلا قرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلولين على الذين

سلبهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرقعة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم مالا
أخذوا وثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

﴿ فصل في حكم المحاربين على التأويل ﴾

وأما حكم المحاربين على التأويل فإن محاربهم الإمام فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا
كانت الحرب قائمة فإن مالكا قال إن للإمام أن يقتله إن رأى ذلك لما يخاف من عونه لا صحابه
على المسلمين . وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب فإن حكمه حكم البدعي الذي لا يدعوا إلى بدعته
قليل يستتاب فإن تاب ولا قتل وقيل يستتاب فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع
أنما يكفرون بالمال واختلف قول مالك في التكفير بالمال ومعنى التكفير بالمال أنهم لا يصرحون
بقول هو كافر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم وأما
ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفر بهم فحكمهم إذا تابوا أن لا يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ
منهم ما أخذوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إلى ربه وإنما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل
فقليل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال
الجمهور لأن كل من قاتل على التأويل فإيس بكافر بته أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر
بالحقيقة هو المكذب لا المتأول

﴿ باب في حكم المرتد ﴾

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب فاقفوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من
بدل دينه فاقطعوا عنقه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة
وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية والجمهور اعقدوا العموم الوارد في ذلك
وشرذم قوم فقالوا تقتل وإن راجعت الإسلام وأما الاستتابة فإن مالكا شرط في قتله ذلك على
ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل نوبته وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحرابة
ولا يستتاب كانت حرابته بدار الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب إلا أن يسلم وأما إذا أسلم
المرتد المحارب بعد أن أخذ وقبل أن يؤخذ فإنه يختلف في حكمه فإن كانت حرابته في دار
الحرب فهو عند مالك كالحرابي يسلم لا تباعة عليه في شيء مما فصل في حال ارتداده وأما إن
كانت حرابته في دار الإسلام فإنه يسقط إسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما
جنى حكم المرتد إذا جنى في ردة في دار الإسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال

حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفراً وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل الاعم الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه * والثاني في معرفة ما يقضى به * والثالث في معرفة ما يقضى فيه * والرابع في معرفة من يقضى عليه أوله والخامس في كيفية القضاء * والسادس في وقت القضاء

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في هذا الباب فممن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشتركة في الجواز فان يكون حراً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلاً عدلاً وقد قيل في المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به واختلوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم المامى قال القاضي وهو ظاهر ما حكاه جدى رحمه الله عليه في المقدمات عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضية في الاموال قال الطبري يجوز أن تكون المرأة حاكماً على الاطلاق في كل شئ قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلاف في اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبيهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضاً على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها في الاموال فتشبيهاً بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى حكمها نافذاً في كل شئ قال ان الاصل هو ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ما خصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف في مذهب مالك أن المصحح والبصر والكلام مشرطة في استقرار ولايته وليست

شرطاً في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز فهذا اذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هي شرط في الاسفرار وليست شرطاً في الجواز فهذا اذا ولي القضاء عزل وقد ما حكم به الا أن يكون جوراً ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحداً والشافعي يجيز أن يكون في المصر قاضيان انسان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وان شرط الاستئلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان في اختيار احدهما وجب أن يقرعا عنده واما فضائل القضاء في كثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامي هل يجوز ان يكون قاضياً والا بين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أمياً وقال قوم لا يجوز وعن الشافعي القولان جميعاً لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للناضي شرط في صحة قضائه لا خلاف اعرف فيه واختلفوا من هذا الباب في تهود حكم من رضىبه المتداعيان ممن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضي البلد

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقه الله او حقاً لآدميين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الامنة في المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخاف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر في الجبابة ولا في غير ذلك من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عندهم من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحمله للمحكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالاً وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذي يعتريه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام إنما أنا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضهم أن يكون ألحق بحجته من بعض وقضى له على نحو ما مع منه فمن قضيت له بشي من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لا يحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون انباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور

الاموال والقروج في ذلك سواء لا يحل حكم الحياكم منها حراماً ولا يحرم حلالاً وذلك مثل أن يشهد شاهدان ور في امرأة أجنبية انباز وجهه لرجل اجنبي ليست له بوجه فقال الجمهور لا تحل له وإن أحلها الحياكم بظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحمل له فعمدة الجمهور عيوم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم أن احدهم المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحمل الغيرة فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحياكم وكذلك ان كانت هي الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة هاهنا انما وقعت عتوبة للمسلم بان أحدهما كاذب

* (الباب الثالث فيما يكون به القضاء) *

والقضاء يكون بأربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالأقرار أو بما تركب من هذه ففي هذا الباب اربعة فصول

* (الفصل الاول في الشهادة) *

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عاها ومنها يختلف فيها فاما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (من رضون من الشهداء) وقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) واختلفوا فيها في العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحجاً بمجنبات المحرمات والمكروهات وقال ابو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحه * وسبب الخلاف كما قلنا تردد في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على ان شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ) الا يقولوا يختلفون ان الفاسق قبل شهادة توبته الا من كان فسقاً قبل التعذف فان أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل * وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا قبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى أقرب مبدء كوراليه او على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو ان التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فاتفقوا على انه يشترط

حيث تشترط العدالة واختلافوا في شهادة العبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلنا من وقوع الاجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وإنما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لثلاث يجنبوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا انه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عدة لما لك في هذا الا انه مروي عن ابن الزبير قال الشافعي قد اخرج صحيح بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردّها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وانه لا تجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال ابو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك ورأوا ان الآية منسوخة وأما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير في الرد الا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة وأما التهمة التي سببها الحجة فان العلماء أجمعوا على انها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع الحجة أو ألبعضة التي سببها العداوة الدنيوية فقال ردها فقهاء الامصار الا انهم اختلفوا في مواضع على أعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فمما اختلفوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيّه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين . أحدهما للآخر فان مالكا ردّها وأبا حنيفة وأجازها الشافعي وأبو نؤير والحسن وقال ابن أبي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجهم ولا تقبل شهادتهما له وبه قال النخعي ومما اختلفوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الاخ لاختيمه ما لم يدفع بذلك عن نفسه طاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعاً الى أخيه يناله بره وصلته معا عدا الا وراعى قلته قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه

عليه السلام انه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرج به أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضري لقلة شهود البدوى ما يقع في المصر فهذه هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على انه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو نوره وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عن سواد اذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) والأمر بالشئ يقتضى إجزاء المأمور به إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه وأما من طريق النظر فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجلد إنما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة إنما اعتملتها الشرع في الفاسق ومنع أعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة وأما النظر في العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على انه ثابت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم بحجب بالشاهدين من غير عين المدعى الابن أبى ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على انه ثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واتفقوا في قبولهما في الحدود وقد دعى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود ولا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعق ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلاف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق إلا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه إلا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعني النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف في شئ من هذا إلا في الرضاع فان أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال لانه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد

المشترط في ذلك منهن فقال مالك يكفي في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنية وقال قوم لا يكفي في ذلك باقل من ثلاث وهو قول لا معنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في شئ كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شئ وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضاً اختلفوا فيها انوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكم وهذا ظاهره لا تكارولذلك لم يختلف قول مالك في انه مكروه

* (الفصل الثاني) *

واما الايمان فانهم اتفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينة واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق المدعى في اثبات ما أنكره المدعى عاياه وابطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعى اقوى سبباً وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا يثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق انكره فيه خصمه * وسبب اختلافهم تردد في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع أم انما يخص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لان المدعى في الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما يخص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو اقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى اقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شئ بهذا الصفة ولا ولك أن يقولوا الاصل ما ذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التي تسقط الدعوى أو تمتها هي اليمين بالله الذي لا اله الا هو وأما ويل فقهاء الامصار في صنفهم امتقاربة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لا يزبد عليها ويزبد الشافعي الذي يعلم من المرما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي واختلفوا

في القدر فقال مالك أن من ادعى عليه بثلاث ندرام فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فإن كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف أنه يحلف على المنبر وإن كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان أحدهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون ديناراً أو قال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال أبو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فن قال أنه يفهم منه ذلك قال لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثم تابوا مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة إلا تجنب اليمين في ذلك الموضع قالوا وكأن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وذلك الطريق الآخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين وإذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه إجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك في القسمات واللعان وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فحين حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المديون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع أما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر إلا أن الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرج البخاري وأما

مالك فاعلمنا عند مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لأن العمل عنده بالمراسل واجب وأما السماع المخالف لما نقوله تعالى (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن نرضون من الشهداء قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف أنه ليس ينسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد وأما من السنة فما خرج به البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمتا إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهدك أو يمينه فقلت إذا يحلف ولا يباي فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر إلى الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض للحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم إلا يستوفي أقسام الحجة للمدعي والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويت ها هنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين من المرأتين فقال مالك يجوز لأن المرأتين قد اقيمتا مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز له لأنه إنما اقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما نبوت الحق على المدعي عليه بنكوله فإن الفقهاء أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين إذا نكل المدعي عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول إلا أن يحلف المدعي أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعي على المدعي عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثاً وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى أردّها في غير التهمة ولا أردّها في التهمة وعند مالك في يمين التهمة هل تتقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن تتقلب اليمين ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدا بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين إما يمين وشاهد وإما بنكول وشاهد وإما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية في الشهادة وليس يقضى

عند الشافعي بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لا ثبات الدعوى
واليمين لا بطلانها وجب أن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه
إلى المدعى فهو خلاف للنص لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه فهذه أصول الحجج
التي يقضى بها القاضي ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض
آخر إليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتراح الشهادة به أعني إذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده
الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله
إلى القاضي الثاني فشهدا عند القاضي الثاني أنه كتابه وأنه أشهدهم بشبوته وقد قيل أنه يكتب
فيه بخط القاضي وأنه كان به العمل الأول واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة أن أشهدهم
على الكتابة ولم يقرأ عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح
الشهادة واختلفوا في العفاص والوكلاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة أم لا بد في ذلك من
شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعي لا بد من شاهدين وكذلك قال أبو حنيفة
وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث وقول الغير أجرى على الأصول ومما اختلفوا
فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه وذلك أن العلماء اجموعوا على أن القاضي يقضى بعلمه في
التعديل والتجريح وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وأنه يقضى بعلمه في إقرار الخصم
وانكاره إلا ما لكافة أنه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لا قرار الخصم وانكاره وكذلك
اجموعوا على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في ذلك
خلاف واختلفوا إذا كان في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع وقال قوم
إذا كان شاذ أو قال قوم يرد إذا كان حكماً بقباس وهنالك سماع من كتاب أو سنة يخالف القياس
وهو لا عدل إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا
هو الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على
الأثر مثل ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق وإلى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على
حد دون بينة أو إقرار أو لا يقضى إلا بالدليل والإقرار فقال مالك واكثر أصحابه لا يقضى إلا
بالبينات أو الإقرار وبه قال أحمد وشریح وقال الشافعي والكو في وأبو نوري وجماعة للقاضي
أن يقضى بعلمه وإكلاً المطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتقد في
قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهري عن
عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلما حاد رجل في فريضة

فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس ومخبرهم انكم قدرضيتم ارضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين في انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم وامان جهة المعنى فالتهمة اللاحقة في ذلك للقاضى وقد اجمعوا ان للتهمة تاثير فى الشرع منها انه لا يثبت القاتل عمدا عند الجمهور من قتله ومنه اردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء واما عمدة من اجاز ذلك امان طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها ابى سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكك اباسفيان خذى ما يكفيك ولذلك بالمعروف دون ان يسمع قول خصمها واما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذى هو مظنون فى حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يقين وخصص ابو حنيفة واصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فتالوا لا يقضى بعلمه فى الحدود ويقضى فى غير ذلك وخصص ايضا ابو حنيفة العلم الذى يقضى به قتال يقضى بعلمه الذى علمه فى القضاء ولا يقضى بما علمه قبل القضاء وروى عن عمر انه قضى بعلمه على ابى سفيان لرجل من بنى مخزوم وقال بعض اصحاب مالك يقضى بعلمه فى المجلس اعنى بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو اجرى على الاصول لان الاصل فى هذه الشريعة لا يقضى بدليل وان كانت غلبة الظن الواقعة به اقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

﴿ الفصل الرابع فى الاقرار ﴾

واما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف فى وجوب الحكم به وانما النظر فىمن يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف امان من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم فى باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل فى المال واما المسائل التى اختلفوا فيها من ذلك فهى من قبل احتمال اللفظ وانت ان احببت ان تنقف عليه فمن كتاب القروع .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما على من يقضى ولمن يقضى فإن الفقهاء اختلفوا على أنه يقضى لمن ليس بهم عليه واختلفوا في قضائه لمن بهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاءه على من لا يجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اختلفوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فاما القضاء على الغائب فإن مالكا والشافعي قالا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لأنه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فإنه أقضى له بحسب ما أسمع ومارواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله إلى اليمن لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذمي فإن في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم إذا ترفعوا إليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثاني أنه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكوا إليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى وأن احكم بينهم ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترفعوا فإنه احتج بإجماعهم على أن الذمي إذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما كيف يقضى القاضي فانهم اجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوي بين الخصمين في المجلس والاسماع من أحدهما دون الآخر وإن يبدأ بالمدعى فيسأله البينة أن انكر المدعى عليه وإن لم يكن له بينة فإن كان في مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا نجب إلا مع شاهد وإذا كان في المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهور فقهاء الأئمة تليزم المدعى عليه بنفس الدعوى له موم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك

لا تجب اليمين الا بالخالطة وقال بها السبعة من قضاة المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة
لسكيا يتطرق الناس بالدعوى الى تعنت بعضهم بعضا ومن هنالم يرمالك اختلاف المرأة
زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذلك اختلاف العبد سيده في
دعوى المتق عليه والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة
من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف في عقد وقع
في عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا فانهم
اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع الا في النكاح وما لا يتكرر وقال غيره
لا تسمع في شيء وقال مالك والشافعي تسمع أعني في أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال
له ومالك فعمدة من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة في حيز المدعى واليمين في حيز المدعى
عليه فوجب أن لا يتقلب الامر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى
عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تفيد ذلك فمن قال لا تفيد
معنى زائد أقال لا معنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع
التعارض بين البيتين ولم تثبت احدهما أمر آرائنا لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك
فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البيتين ولا يعتبر الا كثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى
أولى على أصله ولا ترجح عنه بالعدالة كما لا ترجح عند مالك بالعدد وقال الا وزاعي ترجح
بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلابينة يحلف المدعى عليه فان نكل
حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف
الدليلين اعني الدين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه
واما اذا كان مالا في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك
حتى يتبين عدمه اما بطول السجن او بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى
(وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاجره و به قال احمد وروى عن عمر بن
عبد العزيز وحكى عن ابي حنيفة ان لفرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف
أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد
الحكم لم ينقض عند مالك وقال الشافعي ينتقض وأما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا
يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم او بعده فان كان قبيل الحكم فلا كثران الحكم لا يثبت وقال
بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند
مالك ان الشهداء يضمنون ما تلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمه ووه على كل حال قال عبد الملك

لا يضمنون في الغلط وقال الشافعي لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا
الدية وان اقرروا افيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

﴿ الباب السادس ﴾

وامامتي يقضى فنهما يرجع الى حال القاضى في نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله
ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فامامتي يقضى القاضى
فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى حين يقضى وهو
غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض
التي تعوقه عن التهم لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما اعلم على
انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على
فساد المنهى عنه وامامتي ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا
هو ان يحق حجة المدعى أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول
مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حثا لله مثل الاحباس والعق ولا يسمع في غير ذلك وقيل
لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذي يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين
المدعى والمدعى عليه وهو اذا أقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار
واذا لم رد الذي استحق الشئ من يده ان يخاصم فله ان يرجع بشئ منه على البائع وان كان يحتاج
في رجوعه به على البائع ان يوقفه عليه فيثبت شراؤه منه ان انكره او يعترف له به ان أقر
فله مستحق من يده ان يأخذ الشئ من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعي
بشئ منه فان عطب في يد المستحق فهو ضامن له وان عطب في أثناء الحكم من ضمانه اختلف
في ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم
وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضى رضى الله عنه وينبغى أن تعلم
ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الاحكام وجل ماذ كرهناه في هذا الكتاب
هو داخل في هذا القسم وقسم لا يقضى به الاحكام وهذا أكثره هو داخل في المندوب اليه
وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء
في اواخر كتبهم التي يعرفونها بالجوامع ونحن فنقد رأينا ان نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور
منه ان شاء الله تعالى وينبغى قبل هذا ان نعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو

الفضائل النفسانية فمنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هي السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هي اجناس السنن التي تقتضي العدل في الاموال والتي تقتضي العدل في الابدان وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها السنن الواردة في جميع الاموال وتقويمها وهي التي يقصدها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهي المعبر عنها بالرياسة ولذلك لازم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذي يسمى النهي عن المنكر والامر بالمعروف وهي المحبة والبغضة أي الدينية التي تكون اما من قبل الاخلال بهذه السنن واما من قبل سوء المعتقد في الشريعة واكثر ما يذكروا الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الاجناس الاربعة التي هي فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التي هي كالشروط في تثبيت هذه الفضائل كل كتاب الاقضية وبكامله كل جميع الديوان والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله

ورد لنا قريظ كتاب بداية المجتهد من حضرة الفاضل صاحب الامضاء
والكتاب على أمة التمام فجلنااه خاتمة له وشكرا للمقرظ

يا طالبى الفقه هذا السفر فيه بدا
يريكوا كل برهان ومستند
لله ناسره (الخنجي) بينكم
وشيخنا (شاكرك) لله همته
ما للعلوم جفتها النفس وابتعدت
الناشرون كثير قال قائلهم
ويحى على العلم تطويه صحائفه
مبدأ المجتهد . مغبى لمقتصد
من الحديث ويهديكم الى الرشد
فدى ما أثره فى الاعصر الجدد
لولا العزائم بالاعمال لم نسد
عنها فأضحى بنو الإنسان فى نكد
ها قد نشرت . فهل من آخذ بيدي؟
وإن لآمننا مريد العلم لم نجد
محمد عبدالله الجزار

بمشيخة الاسكندرية بالسنة السابعة



اعلان

﴿ من المطبعة الجمالية ﴾

الكاتبة 'بجارة الروم بعطفة التذيي نمره ٩ : بتوفيق الله تعالى وعونه قد تم لنا تأسيس المطبعة المذكورة على أكمل استعداد وقد أحضرنا لها جملة ما كينات للطبع والتجليد من الطرز الجديد وقد أعددنا لها الكميات الوفيرة من سائر اجناس الحروف الاسلاموية والمصرية والافرنكية ذات الشكل الجميل والرونق الجليل مع كامل الادوات وأتينا مستمدون لقبول المقاولات لطبع الكتب العربية العلمية والافرنكية كبيرة كانت أو صغيرة بشكل وبدونه بأجرة معتدلة مع المحافظة على مواعيد المقاولات: وكذلك أعددنا الاصناف الكثيرة من الورق اللازم لطبع الكتب والدوسيات والكرت فزيت والجوابات والاطرف والكميالات والفوائير وخلافه فمن رغب المفاولة على طبع الكتاب وورقه ونجيدده فله ذلك مع الاعتماد على أن أسعار الورق عندنا هي أرخص قيمة من أسعاره الموجودة في السوق لاستحضارنا إياه من معاملته في أوروبا رأساً والخبرة أعدل شاهداً م

﴿ اصحاب المطبعة ﴾

(محمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه — واحمد عارف)



الجزء الثاني

(من كتاب)

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للإمام ابن رشد

صحيفة

كتاب النكاح : وفيه خمسة أبواب	٠٠
(الباب الاول في مقدمات النكاح وفيه أربع مسائل)	٠٠
المسألة الاول في حكم النكاح	٠٠
» الثانية في خطبة النكاح	٣
» الثالثة في حكم الخطبة على الخطبة	٣
» الرابعة في حكم النظر الى المخطوبة	٣
الباب الثاني في موجبات صحة النكاح : وينقسم الى ثلاثة أركان	٣
الركن الاول في الكيفية : والنظر فيه في مواضع	٣
الموضع الاول الاذن في النكاح	٣
الموضع الثاني فعين المعتبر قبوله في صحة العقد	٤
الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخيار أم لا	٦
الركن الثاني في شروط العقد : وفيه فصول	٧
(الفصل الاول) في الأولياء : والنظر فيه في أربع مواضع	٧
الموضع الاول في ان الولاية هل هي شرط في صحة النكاح أم لا	٧

١٠	الموضع الثاني في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
١٠	الموضع الثالث في اصناف الولاية عند القائلين بها
١١	مطلب في سبب اختلافهم في الجد وفيه مسائل
١١	المسئلة الاولى في حكم الابعد مع الاقرب
١٢	» الثانية في غياب الولى الاقرب
١٢	» الثالثة في حكم غيبة الاب عن ابنته المبكر
١٣	الموضع الرابع في عضل الاولياء
١٤	الفصل الثاني في الشهادة
١٥	الفصل الثالث : في الصداق وفيه مواضع
١٥	الموضع الاول في حكمه وأركانه : وفيه أربع مسائل
١٥	المسئلة الاولى في حكمه
١٥	المسئلة الثانية في قدره
١٧	» الثالثة في جنسه
١٨	الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة
١٩	» الثالث في تشطيره
٢١	» الرابع في التفويض : وفيه مسئلتان
٢٢	المسئلة الاولى فيما اذا طلبت المرأة ان يفرض لها الصداق
٢٢	المسئلة الثانية فيما اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
٢٣	الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة : وفيه خمس مسائل
٢٣	المسئلة الاولى فيما اذا كان الصداق خمرًا ألع
٢٣	» الثانية فيما اذا اقترن بالمهر بيع
٢٣	» الثالثة فيما اذا اشترط في الصداق حياء الاب
٢٤	» الرابعة في الصداق يستحق أو يوجد به عيب
٢٤	» الخامسة في الرجل يشترط على نفسه في الصداق
٢٥	الموضع السادس في اختلاف الزوجية في الصداق

محتوى	صفحة
الركن الثالث في معرفة محل العقد : وفيه أربعة عشر فصلا	٢٦
(الفصل الاول) في مانع النسب	٢٧
(الفصل الثاني) مانع المصاهرة : وفيه أربع مسائل	٢٧
المسئلة الاولى في بنت الزوجة	٢٨
» الثانية فيما يحرم به بنت الزوجة	٢٨
» الثالثة في حكم الام المعقود على بنتها	٢٨
» الرابعة في ان هل الزنا موجب للتحريم كالوطء في نكاح أم لا	٢٩
(الفصل الثالث) في مانع الرضاع : وفيه تسعة مسائل	٢٩
المسئلة الاولى في المقدار المحرم من اللبن	٢٩
» الثانية في رضاع الكبير	٣٠
» الثالثة في المولود يطم قبل الحولين ثم ترضعه امرأة	٣١
» الرابعة في حكم ما يصل الى الحلق من غير رضاع	٣١
» الخامسة في اللبن المحرم اذا استهلك في ماء أو غيره	٣١
» السادسة هل يعتبر في ذلك الوصول الى الحلق أم لا	٣٢
» السابعة هل يصير الرجل الذي له اللبن أباً للرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا	٣٢
المسئلة الثامنة في الشهادة على الرضاع	٣٢
» التاسعة في صفة الرضاع	٣٣
(الفصل الرابع) في مانع الزنا	٣٣
» الخامس في مانع العدد	٣٤
» السادس في مانع الجمع	٣٤
» السابع في موانع الرق	٣٥
» الثامن في مانع الكفر	٣٦
» التاسع في مانع الاحرام	٣٨
» العاشر في مانع المرض	٣٨

صحيفة	
٣٩	» الحادى عشر فى مانع العدة
٤٠	» الثانى عشر فى مانع الزوجية : وفيه مسئلتان
٤٠	المسئلة الاولى فيما اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان
٤١	المسئلة الثانية فيما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر
٤١	(الباب الثالث) فى موجبات الخيار فى النكاح : وفيه أربعة فصول
٤٢	(الفصل الاول) فى خيار العيوب
٤٣	» الثانى فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة
٤٣	» الثالث فى خيار الفقد
٤٤	» الرابع فى خيار العتق
٤٥	(الباب الرابع) فى حقوق الزوجية
٤٧	(الباب الخامس) فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها
٤٧	مطلب الانكحة المنهى عنها أربعة - الاول منها نكاح الشغار
٤٨	الثانى نكاح المتعة
٤٨	الثالث نكاح الخطبة على الخطبة
٤٨	الرابع نكاح المحلل
٤٨	مطلب فى الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع
٤٩	مطلب فى حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت
٥٠	(كتاب الطلاق) وينحصر فى أربع جمل
٥٠	الجملة الاولى فى أنواع الطلاق وفيه خمسة أبواب
٥٠	(الباب الاول) فى ان الطلاق بائن ورجعى : وفيه ثلاث مسائل
٥٠	المسئلة الاولى فى حكم الطلاق بلفظ الثلاث
٥١	» الثانية فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق
٥٢	» الثالثة فى كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق
٥٢	(الباب الثانى) فى معرفة الطلاق السنى من البدعى : وفيه ثلاث مواضع
٥٢	الموضع الاول هل من شرطه ان لا يتبعها طلاقا فى العدة

- ٥٣ الموضوع الثاني هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا
- ٥٣ الموضوع الثالث في حكم من طلق وقت الحيض : وفي هذا الموضوع أربع مسائل
- ٥٣ المسئلة الاولى هل يقع هذا الطلاق أم لا
- ٥٤ » الثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط
- ٥٤ » الثالثة متى يقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب
- ٥٤ » الرابعة متى يقع الاجبار
- ٥٥ (الباب الثالث) في الخلع وفيه أربعة فصول
- ٥٥ (الفصل الاول) في جواز وقوعه
- ٥٥ (الفصل الثاني) في شروط جواز وقوعه : وفيه أربع مسائل
- ٥٦ المسئلة الاولى في مقدار ما يجوز ان تحتل به
- ٥٦ » الثانية في صفة العوض
- ٥٦ » الثالثة فيما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز
- ٥٦ » الرابعة فمن يجوز له الخلع ومن لا يجوز له
- ٥٧ (الفصل الثالث) في نوع الخلع أعني هل هو طلاق أو فسخ
- ٥٨ (الفصل الرابع) فيما يلحق الخلع من الاحكام
- ٥٨ (الباب الرابع) في تميز الطلاق من الخلع
- ٥٩ (الباب الخامس) في التخير والتملك
- ٦١ الجملة الثانية في أركان الطلاق : وفي هذه الجملة ثلاث أبواب
- ٦١ (الباب الاول) في ألقاظ الطلاق وشروطه وفيه فصلان
- ٦١ (الفصل الاول) في أنواع ألقاظ الطلاق المطلقة
- ٦١ مطلب فما اختلافهم في أحكام صريح ألقاظ الطلاق ففيه مسألان
- ٦٢ المسئلة الاولى ما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها
- ٦٢ » الثانية ما اختلفوا فيه وحكاية اختلافهم
- ٦٥ (الفصل الثاني) في أنواع ألقاظ الطلاق المقيدة
- ٦٧ (الباب الثاني) في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز
- ٦٩ (الباب الثالث) فمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق
- ٧٠ الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق وفي هذه الجملة بابان

- ٧٠ (الباب الاول) في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي
- ٧١ (الباب الثاني) في أحكام الارتمجاع في الطلاق البائن
- ٧٣ الجملة الرابعة في أحكام المطلقات وفيها بابان
- ٧٣ (الباب الاول) في العدة وفيه فصلين
- ٧٣ (الفصل الاول) في عدة الزوجات وينقسم الى نوعين
- ٧٣ النوع الاول في معرفة العدة
- ٧٧ مطلب وامالزوجات غير الحرائر^(١)
- ٧٨ النوع الثاني في معرفة أحكام العدة
- ٧٩ مطلب في الكلام على عدة الموت
- ٧٩ مطلب في امل يتوفى عنها زوجها
- ٨٠ الباب الثاني في المتعة
- ٨١ باب في بحث الحكمين
- ٨٢ ﴿ كتاب الايلاء : وفيه عشرة مسائل ﴾
- ٨٣ المسئلة الاولى في اختلافهم هل تطلق المرأة باقتضاء الاربعة اشهر المضروبة بالنص للمولى أم لا
- المسئلة الثانية في انمين التي يكون بها الايلاء
- » الثالثة في حقوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطاء
- ٨٤ » الرابعة في مدة الايلاء
- » الخامسة في الطلاق الذي يقع بالايلاء
- » السادسة هل يطلق القاضي اذا أبى النفي او الطلاق او يحبس حتى يطلق
- » السابعة هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها
- ٨٥ » الثامنة هل تلزم الزوجة المولى منها عدة او ليس تلزمها
- » التاسعة وأما ايلاء العبد
- ٨٦ » العاشرة هل من شرط رجعة المولى أن يطأ في العدة أم لا

١ هذا المطلب هو الفصل الثاني في عدة ملك الممين الذي جملة المؤلف أحد فصولي الباب الاول من الجملة الرابعة

- ﴿ كتاب الظهار : وفيه سبعة فصول ﴾
- ٨٧ (الفصل الاول) في لفظ الظهار
- » الثاني في شروط وجوب الكفارة
- ٨٩ » الثالث فمن يصح فيه الظهار
- ٩٠ » الرابع فيما يحرم على المظاهر
- ٩١ » الخامس هل يكرر الظهار بكرر النكاح
- » السادس هل الابلاء عليه
- ٩٢ » السابع في أحكام كفارة الظهار
- ٩٥ ﴿ كتاب اللعان : ويشتمل على خمسة فصول ﴾
- ٩٦ (الفصل الاول) في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها
- ٩٨ » الثاني في صفات المتلاعنين
- ٩٩ » الثالث في صفة اللعان
- » الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه
- ١٠٠ » الخامس في الأحكام اللازمة لتتمام اللعان
- ١٠١ ﴿ كتاب الاحداد ﴾
- ١٠٣ ﴿ كتاب البيوع : وينقسم الى ستة أجزاء ﴾
- ١٠٤ الجزء الاول في تعريف أنواع البيوع المطلقة
- » الثاني في تعريف اسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة وفيه ابواب
- » الباب الاول في الاعيان المحرمة للبيع
- ١٠٥ وأما ما حرم بيعه وليس بنجس
- ١٠٦ (الباب الثاني) في بيوع الربا وينحصر في أربعة فصول
- ١٠٧ (الفصل الاول) في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا النساء
- ١١٠ » الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء
- » الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا
- ١١٢ » الرابع في معرفة ما يبعد صنفاً واحداً عما لا يبعد صنفاً واحداً

- ١١٣ مسألة واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم
 » واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت
 ١١٤ » ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل
 ١١٥ فصل وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس الخ
 ١١٦ باب في بيع الذرائع الربوية
 ١١٧ مسألة في بيع الشيء بثمن ثم تشتريه بأكثر منه
 ١١٩ مطلب في بيع الطعام قبل قبضه وفيه ثلاثة فصول
 ١٢٠ (الفصل الأول) فيما يشترط فيه القبض من المبيعات
 ١٢١ » الثاني في الاستغادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط
 » الثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلاً وجزأاً
 ١٢٢ (الباب الثالث) في البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر
 ١٢٩ فصل وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها فقها مسائل
 ١٣٢ (الباب الرابع) في بيع الشروط والثنيا
 ١٣٧ (الباب الخامس) في البيوع المنهي عنها من أجل الضرر والغبن
 ١٣٨ فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان للبيع الخ
 فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي
 ١٣٩ فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش الخ
 ١٤٠ (الباب السادس) في النهي من قبل وقت العبادات
 ١٤١ القسم الثاني في الأسباب والشروط المصححة للبيع: وفيه ثلاثة أبواب
 (الباب الأول) في العقود وفيه أركان
 الركن الأول في صيغ العقد
 ١٤٣ » الثاني في العقود عليه
 » الثالث في العاقدين
 ١٤٤ القسم الثالث القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة: وفيه أربع مجلدات
 الجملة الأولى في أحكام وجود العيب في المبيعات: وفيها بابان

- ١٤٥ (الباب الاول) في أحكام العيوب في البيع المطلق: وفيه خمسة فصول
 الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها حكم بوجود العيب من التي لا يجب ذلك فيها
 » الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكة وما شرطها الموجب للحكم فيها وفي
 هذا الفصل نظران
- ١٤٦ » الثاني في الشرط الموجب له
- ١٤٨ (الفصل الثالث) في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير
 فصل واذا قد قلنا ان المشتري الخ
- ١٤٩ مطلب وأما المسئلة الثانية في رجلين يتاعان شيئاً واحداً الخ
- (الفصل الرابع) في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها
- ١٥١ باب في طرود والنقصان
- ١٥٢ (الفصل الخامس) في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين
- ١٥٣ (الباب الثاني) في بيع البراعة
- ١٥٥ القول في الجوائح وينحصر في أربعة فصول
- ١٥٦ (الفصل الاول) في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح
 (الفصل الثاني) في محل الجوائح من المبيعات
 » الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه
- ١٥٧ » الرابع في الوقت الذي يوضع فيه
 الجملة الثالثة في تابعات المبيعات : وفيه مستلطان
- المسئلة الاولى في بيع النخل وفيها الثمر
- ١٥٨ » الثانية في بيع مال العبد
- ١٦٠ الجملة الرابعة في اختلاف المتبايعين
- ١٦١ القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع النظر في حكم البيع القاسد اذا وقع
- ١٦٢ ﴿ كتاب الصرف: وفيه مسائل ﴾
- ١٦٣ المسئلة الاولى في بيع الذهب بالذهب وحكمه

- ١٦٤ المسئلة الثانية في السيف والمصحف المحلى ببيع بالقضة
» الثالثة في شرط الصرف
- ١٦٥ » الرابعة في من اصطف دراهم بدنانير الخ
» الخامسة اجمع العلماء على ان المراطلة جائزة في الذهب الخ
- ١٦٦ » السادسة في الرجلين يكون لاحدهما على الآخر دنانير وللاخر عليه دراهم
» السابعة في البيع والصرف في مذهب مالك
- ﴿ كتاب السلم : وفيه ثلاثة أبواب ﴾
الباب الاول في محله وشروطه
- ١٦٨ مطلب وأما شر وطه فتنها يجمع عليها ومنها مختلف فيها
- ١٧١ (الباب الثاني) فيما يجوز من المسلم بدل ما انعقد عليه السلم : وفيه مسائل
مسئلة فممن أسلم في شئ من الثمر وتعذر تسليمه
مسئلة في مبيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه
- ١٧٢ مسئلة في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه الخ
مسئلة فيما اذا ندم المبتاع في السلم فطلب الاقالة
- ١٧٣ مسئلة فيما اذا كان لرجل على رجل الى أجل الخ
مسئلة فممن أسلم الى آخر أو باع منه طعاماً على مكيلة ما الخ
- (الباب الثالث) في اختلاف المتبايعين في السلم
- ١٧٤ ﴿ كتاب بيع الخيار والنظر في اصول هذا الباب : وفيه مسائل ﴾
- ١٧٦ مطلب وأما المسئلة الخامسة هل يورث خيار المبيع أم لا
- ١٧٧ » » » السادسة فممن يصح خياره
- ١٧٨ ﴿ كتاب بيع المراجعة : وفيه بابان ﴾
- (الباب الاول) فيما يضمن رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذي يجوز ان يني عليه الرج
- ١٧٩ (الباب الثاني) في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خير البائع بالتمن
- ١٨٠ ﴿ كتاب بيع العربة ﴾

- ١٨٣ ﴿ كتاب الاجارات : ويقسم الى قسمين ﴾
القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة والفساد
١٨٦ مطلب وأما اجارة المؤذن الخ
١٩٠ القسم الثاني في معرفة أحكام الاجارات : وينحصر في جملتين
الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارىء عليه
١٩١ « الثانية في أحكام الطوارئ وفيها ثلاثة فصول
(الفصل الاول) منه وهو النظر في القسوخ
١٩٣ « الثاني وهو النظر في الضمان
١٩٤ « الثالث وهو النظر في الاختلاف
١٩٦ ﴿ كتاب الجعلى ﴾
١٩٧ ﴿ كتاب القراض : وفيه ثلاثة أبواب ﴾
(الباب الاول) في محله
١٩٨ « الثاني في مسائل الشروط
٢٠٠ القول في احكام القراض
٢٠١ « « الطوارئ
٢٠٢ « « القراض الفاسد
٢٠٣ « في اختلاف المتقارضين
٢٠٤ ﴿ كتاب المساقات ﴾
القول في جواز المساقات
٢٠٥ القول في صحة المساقات : وفيه أربعة أركان
الركن الاول في محل المساقات
٢٠٦ الركن الثاني في العمل
٢٠٧ الركن الثالث في صفة العمل الذي تنعقد عليه
٢٠٨ الركن الرابع في المدة التي يجوز فيها وتنعقد عليها
٢٠٨ القول في أحكام الصحة في المساقاة

٢٠٩ أحكام المساقاة الفاسدة

٢١٠ ﴿ كتاب الشركة ﴾

القول في شركة العنان وفيه ثلاثة أركان

الركن الاول محلها من الاموال: وفيه ثلاث مسائل

المسئلة الاولى فيما اذا اشترى كافي صنفين من العروض

٢١١ المسئلة الثانية فيما اذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء

المسئلة الثالثة في الشركة بالطعام من صنف واحد

الركن الثاني في معرفة الربح من قدر المال المشترك فيه

الركن الثالث في معرفة قدر العمل من الشرى يكن من قدر المال

القول في شركة المقايضة

٢١٣ القول في شركة الابدان

القول في شركة الوجو،

٢١٤ القول في أحكام الشركة الصحيحة

﴿ كتاب الشفعة : وفيه قسمان ﴾

القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه

الركن الاول في الشافع

٢١٥ الركن الثاني في المشفوع عليه

٢١٦ » الركن الثالث في المشفوع فيه

٢١٧ » الرابع في الاخذ بالشفعة : وفيه مسائل

٢١٨ المسئلة الاولى في كيفية توزيع المشفوع فيه

» الثانية في الاشتراك للذين هم عصبية في الشفعة

٢٢٠ القسم الثاني في أحكام الشفعة

٢٢٢ ﴿ كتاب القسمة والنظر فيها وفيه أبواب ﴾

(الباب الاول) في انواع القسمة

القسم الاول من هذا الباب في قسمة رقاب الاموال

- ٢٢٢ القسم الثانى وأما الرقاب فتقسم الى ثلاثة اقسام
- ٢٢٣ (الفصل الاول) فى الرابع والاصول
- ٢٢٤ » الثانى فى المروض
- ٢٢٥ » الثالث فى المكيل والموزون
- ٢٢٦ القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع
- ٢٢٧ » فى الاحكام والقسمة من العقود اللازمة
- ٢٢٨ ﴿ كتاب الرهون ﴾
- الركن الاول فى الرهن
- » الثانى فى الرهن
- ٢٢٩ » الثالث فى المرهون فيه
- ٢٣٠ القول فى الشروط
- ٢٣١ » فى الاحكام
- مطلب ومن مسائل هذا الباب اختلافهم فى نماء الرهن المتفصل
- ٢٣٤ ﴿ كتاب الحجر : وفيه ثلاثة ابواب ﴾
- (الباب الاول) فى اصناف المحجورين
- ٢٣٥ » الثانى متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم
- ٢٣٦ الباب الثالث فى معرفة احكام افعالهم فى الرد والاجازة
- ٢٣٨ ﴿ كتاب التغليس ﴾
- ٢٤٦ ﴿ كتاب الصلح ﴾
- ٢٤٧ ﴿ كتاب الكفالة ﴾
- ٢٥٠ ﴿ كتاب الحوالة ﴾
- ٢٥٢ ﴿ كتاب الوكالة : وفيها ثلاثة ابواب ﴾
- (الباب الاول) فى أركانها : الركن الاول فى الموكل
- الركن الثانى فى الوكيل وشروطه
- ٢٥٣ الركن الثالث فيها فيه التوكيل

- ٢٥٣ الركن الرابع في معنى الوكالة
(الباب الثاني) في أحكام الوكالة
- ٢٥٤ (الباب الثالث) في مخالفة الموكل للوكيل
- ٢٥٥ ﴿ كتاب اللقطة — والنظر فيه في جملتين ﴾
الجملة الأولى في أركانها
- ٢٥٦ الجملة الثانية في أحكامها
- ٢٥٩ باب في اللقطة والنظر في أحكام الالتقاط والملتقط
- ٢٦٠ ﴿ كتاب الوديعة ﴾
- ٢٦٢ ﴿ كتاب العارية ﴾
- ٢٦٥ ﴿ كتاب الغصب وفيه بيان : الأول في الضمان وفيه أركان ﴾
الركن الأول في بيان الموجب للضمان
» الثاني فيما يجب فيه الضمان
- ٢٦٦ » الثالث في الواجب في الغصب والواجب على الغاصب
(الباب الثاني) في الطوارئ على المنصوب
- ٢٧٢ ﴿ كتاب الاستحقاق وأحكامه ﴾
- ٢٧٤ ﴿ كتاب الهبة ﴾
- ٢٧٧ القول في أنواع الهبات
- ٢٧٩ » في أحكام الهبات
- ٢٨٠ ﴿ كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم إلى قسمين ﴾
القسم الأول النظر في الأركان — الركن الأول الموصي
القول في الموصى به
- ٢٨١ » في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية
- ٢٨٢ » في الأحكام وهو القسم الثاني
- ٢٨٣ ﴿ كتاب القرائض ﴾
- ٢٨٥ مطلب في ميراث الصلب

- ٢٨٦ مطلب في ميراث الزوجات
- ٢٨٧ » في ميراث الأب والأم
- ٢٨٨ » في ميراث الأخوة للام
- » في ميراث الأخوة للاب والام أوللاب
- ٢٩٠ » في ميراث الجد
- ٢٩٣ » في ميراث الجدات
- ٢٩٤ باب في الحجب
- ٣٠٣ » في الولاء وفيه مسائل مشهورة
- المسئلة الاولى في ان من اعتق عبده عن نفسه فان ولائه له
- » الثانية فممن أسلم على يديه رجل هل يكون ولائه له أولا
- ٣٠٤ » الثالثة فيما اذا قال السيد لعبده أنت سائبة
- » الرابعة في العبد المسلم اذا اعتقه النصراني
- » الخامسة في ان النساء ليس هن مدخل في وراثة الولاء الا من باشرن عتقه باقسهن
- ٣٠٥ مطلب في ترتيب أهل الولاء في الولاء
- ٣٠٦ ﴿ كتاب العتق ﴾
- ٣١٣ ﴿ كتاب الكتابة ﴾
- القول في مسائل العقد
- ٣١٧ » في المكاتب - وفيه خمسة أجناس
- الجنس الاول متى يخرج المكاتب من الرق
- ٣١٨ » الثاني متى يرق المكاتب
- ٣١٩ » الثالث في حكم المكاتب اذا مات قبل أن يؤدي الكتابة
- ٣٢٠ » الرابع فممن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل
- ٣٢١ » الخامس فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر
- ٣٢٣ مطلب في شروط الكتابة
- ٣٢٥ ﴿ كتاب التدبير والكلام على أركانه وأحكامه ﴾

- ٣٢٥ الركن الاول في أركانه
- ٣٢٦ وأما أحكامه فاصولها راجعة الى أجناس خمسة
- الجنس الاول مما اذا يخرج المدير
- ٣٢٧ » الثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه
- » الثالث مما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه
- ٣٢٨ » الرابع في مبطلات التدبير الطارئة عليه
- » الخامس في أحكام تبعيض التدبير
- ٣٢٩ ﴿ كتاب أمهات الاولاد: وفيه مسائل ﴾
- ﴿ كتاب الجنائيات
- ٣٣١ ﴾ كتاب القصاص: وينقسم الى قسمين ﴿
- القسم الاول القصاص في النفوس
- القول في شرط القاتل
- ٣٣٦ » في الموجب
- ٣٣٨ » في انقصاص
- ٣٣٩ ﴿ كتاب الجراح
- القول في الجراح
- ٣٤٠ » في المجروح
- » في الجرح
- ٣٤٧ مطلب متى يستفاد من الجرح
- ﴿ كتاب الديات في النفوس ﴾
- ٣٤٧ مطلب ومما يدخل في هذا الباب دية الجنين
- ٣٥٠ ﴿ كتاب الديات فيما دون النفس ﴾
- ٣٥٢ القول في ديات الاعضاء
- ٣٥٧ ﴿ كتاب القسامة وفيه مسائل ﴾
- ٣٥٧ المسئلة الاولى في وجوب الحكم بها على الجملة

- ٣٥٨ المسئلة الثانية في اختلاف العلماء بالقسامة فيما يجب بها
- ٣٥٩ المسئلة الثالثة اختلافهم فيمن يبدأ بألايمان الخمسين
- ٣٦٠ المسئلة الرابعة في موجب القسامة عند القائلين بها
- ٣٦٢ ﴿ كتاب الاحكام في الزنا ﴾
(الباب الاول) في تعريف الزنا
- ٣٦٣ (الباب الثاني) في أصناف الزناة
- ٣٦٦ (الباب الثالث) في العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما يثبت به الزنا
- ٣٦٨ ﴿ كتاب القذف ﴾
- ٣٧٠ باب في شرب الخمر والكلام على هذه الجناية
- ٣٧٢ فصل وأما بما إذا ثبت هذا الحد الخ
- ٣٧٢ ﴿ كتاب السرقة ﴾
- ٣٧٦ فصل وأما جنس المروق فان العلماء الخ
- ٣٧٧ القول في الواجب في هذه الجناية
- ٣٧٩ القول فيما ثبت به السرقة
- ٣٧٩ (كتاب الحراية وفيه ابواب)
- ٣٨٠ (الباب الاول) النظر في الحراية
- ٣٨٠ (الباب الثاني) النظر في المحارب
- ٣٨٠ (الباب الثالث) فيما يجب على المحارب
- ٣٨٢ (الباب الرابع) في مسقط الواجب عنه وهي التوبة
- ٣٨٢ (الباب الخامس) بما إذا ثبت هذه الجناية
- ٣٨٣ فصل في حكم المحاربين على التأويل
- ٣٨٣ باب في حكم المرتد

٣٨٤ ﴿ كتاب الاقضية ﴾ وفيه ستة أبواب

(الباب الاول) في معرفة من يجوز قضاؤه

٣٨٥ (الباب الثاني) في معرفة ما يقضى به

٣٨٦ (الباب الثالث) في معرفة ما يقضى فيه وفيه فصول

الفصل الاول في الشهادة

٣٨٩ الفصل الثاني في الايمان

٣٩١ الفصل الثالث في النكول

٣٩٣ الفصل الرابع في الاقرار

٣٩٤ (الباب الرابع) في معرفة من يقضى عليه أوله

(الباب الخامس في كيفية القضاء)

٣٩٦ (الباب السادس) في وقت القضاء

(نعت الفهرست)



وردلنا الجواب الآتى من صاحب الامضاء يقر ظفيه ابن رشد وكتابه فنشرناه هنا
للمطالع ليقف على مكانة المؤلف وتأليفه : وهذا نصه

سيدى

سلاما واحتراما وبعد فان كتاب ابن رشد الذى بعثوه من مرقده وأنبقوه نبأ أحسنأ
قد وقع منا مواع المء من ذى الغلة الصادى وأ كبرنا روح ذلك الفيلسوف العظيم
فتياما ببعض ما يجب نحو أبطال الرجال أرسلنا اليكم هذه الكلمة لتدرج مع الكتاب
ولا زلت سباق غايات منقبأ عنما ينفع أمتك ووطنك حائزاً شكر الجميع

﴿ وهامى الكلمة ﴾

الى الحكيم الرائد فى جدته الهانى بمضجهم تحفه مسحة من النور الالهى وعليه
حارس من المهابة وسياج من الاجلال

أهدى غايات من الدعوات واسقطر له وابلا من صيب الرحمت لله أنت أينما
الروح الخالدة العائدة الى محلها الارفع فقد هبطت علينا من عالمك العالى وطلعت علينا طلوع
القمر على خابط ليل ضل السيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب
أرضاً قابلة فانبثت الكلاء والعشب وأصاب منها الكثير

أقت فيما شاء الله أن تقوى وخلفت لك آثاراً جعلت لك مقعد صدق فى كل نفس ثم
عدت سيرتك الاولى

بسم الله مجراك ومرسالك وطلوعك ومأواك وتأويك ومسراك أى جوحوالك وأى
آمال وسعتك وأى جسم نحمل ماترومين

وإذا كانت النفوس كبارا • نعت فى مرادها الاجسام

بيننا نراك بين يدي فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاؤها

(٢٠)

وأعلتك درها وانهلكت خيرها فلا يظن انك تعلمين غيرها اذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين
الحشا والقواد وسهلت لك حزنها ووردت منها لعذابا زائرا أعابيه وسائنا شرابه وهذا
كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد ضمن الدر
الا أنه كلم

أنزه في رياض العلم نفسي * وأغدو في مسارحها وأمسي
أمتع ناظري فيما حوته * وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤوس الراح عندي * ومن خد الطباء خدود طرس
وقدرت الرضا فثمت روضا * به قد غبت عن نفسي وحسني
كانّ خلال أسطره بحارا * تدفق بالمعارف بعسد رمسي
كتاب جاك فكر (ابن رشد) * وأخرج آية في كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا * كما طرد الدجنة ضوء شمس
محمد أحمد عرفه

